

**DIE ANWENDUNG HANDELSRECHTLICHER VORSCHRIFTEN
AUF GESCHÄFTE ZWISCHEN NICHTKAUFLEUTEN**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereiches
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt

von

Michael Theim
Rechtsanwalt in Wiesbaden

Mainz

1985

Digitized by the Internet Archive
in 2026

**DIE ANWENDUNG HANDELSRECHTLICHER VORSCHRIFTEN
AUF GESCHÄFTE ZWISCHEN NICHTKAUFLEUTEN**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereiches

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg-Universität

Mainz

vorgelegt

von

Michael Theim

Rechtsanwalt in Wiesbaden

Mainz

1985

Erstberichterstatfter:

Prof. Dr. jur. Alfons Kraft

Zweitberichterstatfter:

Prof. Dr. jur. Georg Crezelius

Tag der mündlichen Prüfung:

22. Mai 1985

A. EINLEITUNG

Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung	1
1. Problemstellung	1
2. Erläuterungen zur Fragestellung	4
a) Methodische Vorbemerkungen	4
b) Übersicht über den Gang der Darstellung	6

B. ERSTER HAUPTTEIL

Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute	9
I. Ansatzpunkte für eine Erweiterung des Normadressatenkreises	9
1. Der Kaufmann als Zentralbegriff des Handelsgesetzbuches	9
2. Methoden zur Erweiterung des Normadressatenkreises	10
a) Ausweitung im Rahmen einer Auslegung	11
b) Einbeziehung von Nichtkaufleuten im Wege der Analogie	11
c) Erweiterung des Normadressatenkreises mit Hilfe von allgemeinen Rechtsgrundsätzen	11
II. Erweiternde Auslegung als Mittel zur Einbeziehung von Nichtkaufleuten	13
1. Bedeutung, Umfang und Grenzen der Auslegung im Hinblick auf den Kaufmannsbegriff	13
a) Der Sinn einer Normauslegung	13
b) Die Auslegung im Spannungsfeld zwischen dem Willen des Gesetzgebers und der gewandelten Normsituation	14
c) Die Ermittlung des normativen Sinnes als Ziel der Auslegung	15
d) Der mögliche Wortsinn als Ausgangs- und Endpunkt einer Auslegung, insbesondere der des Rechtsbegriffes Kaufmann	16
e) Die Begrenzung einer extensiven Interpretation des Kaufmannsbegriffes durch den möglichen Wortsinn	17

2. Die Ausdehnung des Normadressatenkreises mit Hilfe des Merkmals "Handelsgewerbe"	19
a) Der Begriff des Handelsgeschäftes als Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher Regelungen	19
b) "Kaufmann" oder "Handelsgeschäft" als Gegenstand der Normsetzung	20
c) Die gesetzliche Umschreibung des Handelsgewerbes als Hindernis für eine Ausweitung des Normadressatenkreises	21
3. Zwischenergebnis	22
III. Die Einbeziehung von Nichtkaufleuten in den Normadressatenkreis handelsrechtlicher Vorschriften im Wege der Analogie	23
1. Kennzeichen und Voraussetzungen eines Analogieschlusses	23
2. Der Ausnahmecharakter handelsrechtlicher Vorschriften als Hindernis für eine Analogie?	24
a) Vorbemerkung	24
b) Differenzierung zwischen Ausnahme- und Sonderrecht	25
c) Analogiefähigkeit von Ausnahmenvorschriften im Rahmen ihres Normzwecks	27
d) Die Analogiefähigkeit handelsrechtlicher Vorschriften in bezug auf bürgerlich-rechtliche Sachverhalte	28
3. Die Voraussetzungen der Analogie im einzelnen	30
a) Die Lücke als Ausgangspunkt des Analogieschlusses	30
aa) Die Abhängigkeit der Analogie von der Lückenfeststellung	30
bb) Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit als ungeeigneter Ersatz des Lückenbegriffes	31
cc) Begriffsbestimmung der Lücke	34
dd) Eine offene Lücke im Handelsgesetzbuch als Voraussetzung der Analogie	37
ee) Die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff als Merkmal der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes	38
b) Die Abhängigkeit der Analogie von der Ähnlichkeit der Tatbestände	40

aa) Das Ähnlichkeitsurteil und seine Verifizierbarkeit im Rahmen der Einzelanalogie handelsrechtlicher Vorschriften	40
bb) Die Feststellung der Ähnlichkeit zwischen handelsrechtlichem und nichthandelsrechtlichem Sachverhalt im Rahmen der Gesamtanalogie	46
c) Formelles oder materielles Handelsrecht als Grundlage eines Analogieschlusses	48
4. Zusammenfassung	53

C. ZWEITER HAUPTTEIL

Versuch einer Definition des Unternehmers im Sinne des Handelsrechts	55
--	----

I. Vorbemerkung	55
-----------------	----

II. Selbständigkeit und gegenseitige Abhängigkeit der Rechtsbegriffe "Unternehmer" und "Unternehmen"	57
--	----

III. Die Entwicklung des Unternehmerbegriffes in der Rechtswissenschaft	61
---	----

1. Das Rechtssubjekt "Unternehmer" als Mittelpunkt der Diskussion im handelsrechtlichen Schrifttum	61
--	----

2. Der Begriff des Unternehmers als zentrale Gestalt des Handelsgesetzbuches	66
--	----

a) Ansätze einer Erhebung des Unternehmensbegriffes zum kodifikatorischen Prinzip des Handelsrechts	66
---	----

b) Die Absicht der Gewinnerzielung als ungeeignetes Merkmal zur Kennzeichnung des Unternehmens	69
--	----

c) Die Bestimmung des Unternehmerbegriffes im Hinblick auf die Interdependenz der Rechtsbegriffe Unternehmer und Unternehmung	70
---	----

d) Zwischenergebnis	72
---------------------	----

IV. Kennzeichen des Rechtsbegriffes "Unternehmer"	74
---	----

1. Unverzichtbare Merkmale	74
----------------------------	----

a) Selbständigkeit	74
--------------------	----

b) Dauerhafte Betätigung	75
--------------------------	----

	Seite
c) Anbietende Tätigkeit am Markt	75
d) Organisierte Einheit	76
2. Überflüssige Merkmale	79
a) Gewinnabsicht	79
b) Kapitalwagnis	80
c) Fachkenntnisse	81
3. Zusammenfassung	82
V. Zwischenergebnis	83
 D. DRITTER HAUPTTEIL	
Untersuchung einzelner Vorschriften des HGB	85
I. Übernahme eines Unternehmens unter Lebenden	
Eintritt als Gesellschafter in ein Einzelunternehmen (§§ 25 und 28 HGB)	85
1. Vorbemerkung	85
2. Die Diskussion um den Normadressaten in Rechtsprechung und Literatur	87
a) Entstehungsgeschichte der Vorschriften	87
b) Der unterschiedliche Regelungsgehalt der Bestimmungen	88
c) Rückführung beider Vorschriften auf ein einheitliches Regelungsprogramm?	89
d) Notwendigkeit einer getrennten Normzweck- untersuchung	91
3. Norminhalt und Normzweck der §§ 25 und 28 HGB	93
a) Interpretationsansätze der Literatur	93
aa) Erklärungstheorie	93
bb) Rechtsscheintheorie	94
cc) Haftungsfond- und Vermögensübernahme- theorie	96
dd) Sonstige Deutungsversuche	97
b) Erklärungsversuche in der Rechtsprechung	97
c) Eigene Normdeutung	98
4. Die Anknüpfung der Vorschriften an den Rechts- begriff des Unternehmers	101
a) § 25 HGB	102
b) § 28 HGB	104

	Seite
II. Kontokorrentverhältnisse zwischen Nichtkaufleuten	
(§§ 355 bis 357 HGB)	107
1. Die Einordnung der Vorschriften über das Kontokorrent in den Normenkatalog als grundsätzliches Problem	108
a) Historische Grundlagen des Kontokorrents	108
aa) Gesetzliche Regelungen bis zum Inkrafttreten des HGB	108
bb) Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers des HGB	110
b) Normzweck und Einordnung als handelsrechtliche Vorschrift	111
2. Die Ausdehnung des Normanwendungsbereiches durch Literatur und Rechtsprechung	113
a) Stellungnahme der Rechtsprechung zum Normadressatenkreis	114
b) Die Normadressatenfrage im älteren Strifttum	115
c) Neuere Stellungnahmen der Literatur zum Normadressatenproblem	116
3. Das Kontokorrent als Rechtsverhältnis des bürgerlichen Rechts	118
4. Der Unternehmer als Normadressat der §§ 355 - 357 HGB	120
a) § 355 Abs. 1 HGB	121
aa) Meinungsäußerungen von Rechtsprechung und Literatur	121
bb) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Lösungsansatz	122
cc) Der Unternehmer als Subjekt der gesetzlichen Regelung	123
dd) Vereinbarkeit der Einbeziehung von Unternehmen mit der Vorschrift des § 248 Abs. 1 BGB	124
b) § 355 Abs. 2 und 3 HGB als Ausdruck bürgerlich-rechtlicher Grundsätze	126
aa) § 355 Abs. 2 HGB	126
bb) § 355 Abs. 3 HGB	127
c) Der Normadressatenkreis des § 356 HGB	127
aa) Ablehnung einer ausdehnenden Anwendung durch die h. M.	127
bb) § 355 HGB als Ausdruck nichthandelsspezifischer Gedanken	129

	Seite
d) Der Anwendungsbereich des § 357 BGB	130
aa) Stellungnahme der h. M.	130
bb) Die Vermeidung einer Gläubigergefährdung als Normzweck	131
cc) Normzweck und Kaufmannseigenschaft	132
5. Zusammenfassung	133
III. Geschäftsbesorgungsaufträge an Nichtkaufleute	
(§ 362 HGB)	134
1. Bedeutung und Entstehungsgeschichte des § 362 HGB	134
a) Die Vorschrift als Ausnahme von einem bürgerlich-rechtlichen Grundsatz	134
b) Gesetzliche Vorläufer der Norm	135
c) Motive des historischen Gesetzgebers	136
2. Die Diskussion um den Normadressatenkreis in Rechtsprechung und älterem Schrifttum	137
a) Begrenzte Ausdehnung durch die Rechtsprechung	138
b) Meinungen und Tendenzen in der Literatur	139
3. Neuere Überlegungen zur Einbeziehung aller Unternehmer	140
a) Begründungsversuche im Schrifttum	140
b) Die dogmatische Begründung einer Antwortpflicht als Voraussetzung zur Beurteilung des Normadressatenkreises	141
aa) Die Antwortpflicht als Ausfluß der Rechtsgeschäftslehre	142
bb) Antwortpflicht und Vertrauensgrundsatz	142
cc) Verkehrsschutzgedanken	143
dd) Schutz der Erwartung erhöhter Geschäftsbereitschaft	144
c) Kritik der Deutungsversuche	144
4. Das Unternehmen als vertrauensbegründendes Merkmal	146
a) Vorbemerkung	146
b) Das Vertrauen des Geschäftspartners auf die organisierte Wirtschaftseinheit als Grundlage einer Antwortpflicht	146
c) Bestehender bzw. angebahnter Kontakt mit dem Inhaber eines Unternehmens als vertrauensbegründeter Umstand	147

	Seite
IV. Bestätigungsschreiben zwischen Nichtkaufleuten	151
1. Begriff und Entstehungsgeschichte des Bestätigungsschreibens	151
a) Definition des kaufmännischen Bestätigungsschreibens	151
b) Die Entwicklung der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben durch die Rechtsprechung	152
2. Die Wandelung des Bestätigungsschreibens vom Handelsbrauch zu einem verallgemeinerten Grundsatz	154
a) Ausdehnung des Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung	155
b) Stellungnahmen des Schrifttums zum Anwendungsbereich	156
3. Rechtliche Grundlagen des Rechtsbegriffes	159
a) Herausbildung aus einem Handelsbrauch?	159
b) Kritik der herrschenden Meinung	162
c) Die vertrauensbegründende Geschäftsverbindung als Grundlage des Bestätigungsschreibens	164
4. Der Unternehmer als Adressat der Grundsätze	167
a) Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur	167
b) Anknüpfung auf der Empfängerseite an den Unternehmerbegriff	168
c) Kaufmanns- bzw. Unternehmereigenschaft des Absenders?	169
V. Die Verfügungsbefugnis eines Nichtkaufmanns (§ 366 HGB)	172
1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift, Normzweck	172
a) Gesetzliche Vorläufer der Regelung	172
b) Sinn und Zweck der Norm	174
2. Die Kaufmannseigenschaft des Verfügenden als Anknüpfungspunkt für den Gutgläubensschutz	176
a) Stellungnahmen der Rechtsprechung	176
b) Äußerungen des Schrifttums	177
3. Die Erweiterung des Gutgläubensschutzes als grundsätzliches Problem	178
a) Rechtfertigung der Erweiterung durch Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs	178
b) Geschäftsverkehr und Kaufmannseigenschaft	181

	Seite
4. Das Unternehmen als vertrauensbildendes Merkmal	183
VI. Untersuchungs- und Rügepflicht des Nichtkaufmanns (§§ 377, 378 HGB)	187
1. Überlegungen zur Frage eines sachgerechten Normadressatenkreises	187
a) Die Erweiterung des Normadressatenkreises unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben	188
aa) Lösungsversuche der Rechtsprechung	188
bb) Stellungnahmen im Schrifttum	189
b) Auferlegung einer Untersuchungs- und Rügepflicht durch vertragliche Vereinbarung	191
2. Die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschriften	193
a) Regelungen vor Inkrafttreten des HGB	193
b) Motive des historischen Gesetzgebers	194
3. Der Schutz des geschäftlichen Verkehrs als Leitgedanke	195
a) Kaufmannseigenschaft des Normadressaten	196
aa) Besondere Sachkunde und Zumutbarkeit als Abgrenzungskriterien	196
bb) Zumutbarkeit und Kaufmannseigenschaft	198
cc) Beschränkung auf geschäftstypische Erwerbsvorgänge?	199
b) Kaufmannseigenschaft des Verkäufers	200
aa) Stellungnahmen im Schrifttum	201
bb) Der Schutz unternehmerischer Betätigung als Normzweck	202
VII. Unternehmer als Normadressaten in gesetzlichen Regelungen außerhalb des Handelsgesetzbuches	204
1. Ratenzahlungskäufe des Unternehmers	205
a) Entstehungsgeschichte, Norminhalt und -zweck des Abzahlungsgesetzes	205
b) Überlegungen von Rechtsprechung und Literatur zur Frage einer Erweiterung des Normadressatenkreises	207
aa) Stellungnahme der Rechtsprechung	207

	Seite
bb) Äußerungen im Schrifttum	208
c) Erfordernis und Möglichkeit einer Einbeziehung des Unternehmers	209
aa) Kaufmannseigenschaft und ratio legis	209
bb) Die formale Abgrenzung des Ausnahmebereiches als Hindernis einer Einbeziehung von Unternehmern	211
aaa) Der "Wille des Gesetzgebers" als Anwendungshindernis	211
bbb) Die Anknüpfung an außerhandelsrechtliche Kriterien als Anwendungsschranke	212
2. Gerichtsstandsvereinbarungen von Nichtkaufleuten (§ 38 Abs. 1 ZPO)	215
a) Entstehungsgeschichte der Vorschrift	215
b) Überlegungen des Gesetzgebers zur Kennzeichnung des Normadressatenkreises	216
c) Der Unternehmer als Normadressat	217
aa) Kaufmannsbegriff und Registereintragung als sachfremde Abgrenzungskriterien	217
bb) Die formale Abgrenzung als Hindernis einer Einbeziehung des Unternehmers	219
E. SCHLUSSBETRACHTUNG	222

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|--|--|
| Ballerstedt, Kurt | : Unternehmen und Wirtschaftsverfassung. In: JZ 1951, S. 486 ff. |
| ders. | : Zur Haftung für c.i.c. bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter.
In: AcP Bd. 151, S. 498 ff. |
| Bartholomeyczik, Horst | : Die Kunst der Gesetzesauslegung.
4. Aufl., Frankfurt/M. 1967
(zit. Bartholomeyczik) |
| Baumbach, Adolf/Duden, Konrad/
Hopt, Klaus J. | : Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
(ohne Seerecht),
24. Aufl. München 1980
25. Aufl. München 1983
(zit. Baumbach - Duden - Hopt) |
| Baumbach, Adolf/Lauterbach,
Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann,
Peter | : Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen
Nebengesetzen.
42. Aufl. München 1984
(zit. Baumbach - Lauterbach - (Bearb.)) |
| Baumgärtel, Gottfried | : Wert und Unwert der Prorogationsnovelle. In: FS für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag.
Berlin, New York 1974, S. 23 f. |
| ders. | : Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß.
2. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1972
(zit. Baumgärtel, Prozeßhandlung) |
| Bender, Bernd | : Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts. In: JZ 1957, S. 593 ff. |
| Beitzke, Günther | : Probleme des Kontokorrents.
In: FS für Julius von Gierke.
Berlin 1950, S. 9 ff. |
| Bergfeld, Christoph | : Einzelkaufmann und Unternehmen, Person und Organisation im Handelsrecht. In: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert.
Band VI, hrsgb. von Helmut Coing und Walter Wilhelm, Frankfurt/M. 1982, S. 126 ff.
(zit. Bergfeld) |

- Betti, Emilio : Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften. Tübingen 1967 (zit. Betti)
- Bovensiepen, Rudolf : Art. "Analogie und per argumentum e contrario". In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsgb. von Stein- Somlo und Elster. Bd. I, Berlin und Leipzig 1925, S. 133 ff. (zit. Bovensiepen)
- Börner, Bodo : § 25 Abs. 1 HGB: Vertragsübertragung kraft Gesetzes. In: FS für Philipp Möhring hrsgb. von W. Hefermehl u.a., München 1975.
- Brauer, Eduard : Über den Umfang der Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuches. In: Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechts, Bd. 1 (1863), S. 113 ff.
- Brecher, Fritz : Das Unternehmen als Rechtsgegenstand Rechtstheoretische Grundlegung, Bonn 1953 (zit. Brecher)
- Buchner, Herbert : Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften. In: AcP 169 (1969), S. 483 ff.
- Burckhardt, Walther : Die Auslegung der Verträge. In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 71 (1935), S. 425 ff. (zit. Burckhardt, Auslegung)
- ders. : Methode und System des Rechts. Zürich 1936 (zit. Burckhardt, Methode und System)
- Busch, F.B. : Ueber die Entstehung des deutschen Handelsgesetzbuches, die Interpretation desselben und den Gebrauch der Kritik hierbei. In: Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechts, Bd. 1 (1863), S. 1 ff. (zit. Busch)

- Bydlinski, Franz : Die Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" im österreichischen Recht.
In: FS für Werner Flume zum 70. Geburtstag. Bd I, Köln 1978, S. 335 ff.
- ders. : Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967.
(zit. Bydlinski, Privatautonomie)
- Canaris, Claus-Wilhelm : Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964.
(zit. Canaris, Lücken)
- ders. : Die Verrechnung beim Kontokorrent.
In: DB 1972, S. 421 ff. und 469 ff.
- ders. : Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht. München 1971
(zit. Canaris, Vertrauenshaftung)
- ders. : Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund.
In: FS für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, S. 77 ff.
- Capelle, Karl-Heinz/
Canaris, Claus-Wilhelm : Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht).
Ein Studienbuch, begründet von K.-H. Capelle, fortgeführt von C.-W. Canaris
19. Aufl. München 1980
(zit. Capelle/Canaris)
- Coing, Helmut : Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik.
Veröff. der Arbeitsgem. für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen
Heft 84, Köln/Opladen 1959
(zit. Coing, Auslegungsmethoden)
- Dernburg, Heinrich : Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs
Bd. II, 4. Aufl. Halle 1889
(zit. Dernburg)
- Diederichsen, Uwe : Der "Vertragsschluß" durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben.
In: JuS 1966, S. 129 ff.
- ders. : Die neuen Grenzen für Gerichtsstandsvereinbarungen.
In: BB 1974, S. 377 ff.

- Dressler, Rainer : Die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute am Beispiel des § 392 Abs. 2 HGB München 1968 (zit. Dressler)
- Düringer, A./Hachenburg, Max : Das Handelsgesetzbuch (unter Ausschuß des Seehandelsrechts) IV. Bd., erl. von Breit u.a. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 V. Bd., erl. von Breit und Hoeniger 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 (zit. Düringer - Hachenburg - (Bearb.))
- Eckhardt, Karl-August : Betrieb und Unternehmen. Ein Beitrag zur Terminologie. In: ZHR 94 (1929), S. 1 ff.
- Ehrenberg, Victor : Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Bd., 1. Abt., bearb. von Ehrenberg u.a., Leipzig 1918 4. Bd., 1. Abt., bearb. von M. Wolff und E. Jacobi, Leipzig 1917 (zit. Ehrenbergs Handbuch/Bearb.)
- Eichler, Hermann : Die Einheit des Privatrechts. In: ZHR 126 (1964), S. 181 ff.
- ders. : Institutionen des Sachenrechts. 1. Band - Allgemeiner Teil, Berlin 1954 (zit. Eichler, Institutionen)
- Eisler, Rudolf : Art. "Analogieschluß". In: Wörterbuch der philosophischen Begriffe. Erster Band, 4. Aufl. Berlin 1927, S. 42 f. (zit. Eisler)
- Elze, Hans : Lücken im Gesetz. München und Leipzig 1916 (zit. Elze)
- Endemann, Wilhelm : Das Deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. Leipzig 1887 (zit. Endemann, Handelsrecht)
- ders. : Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Band II, 1882 (zit. Endemann, handbuch)

- Engisch, Karl : Der Begriff der Rechtslücke.
In: FS für Wilhelm Sauer, Berlin 1949,
S. 85 ff.
- ders. : Einführung in das juristische Denken.
7. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln,
Mainz 1977
(zit. Engisch, Einführung)
- ders. : Wahrheit und Richtigkeit im juristi-
schen Denken
Münchner Universitätsreden, Neue
Folge, Heft 35, München 1963
(zit. Engisch, Wahrheit)
- Enneccerus, Ludwig/Kipp,
Theodor/Wolff, Martin : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15. Aufl., bearb. von H.C. Nipperdey,
1. Halbband, Tübingen 1959
2. Halbband, Tübingen 1960

Sachenrecht, 10. Aufl., bearb. von
L. Raiser, Tübingen 1957
(zit. Enneccerus - Bearb.)
- Erdmann, Benno : Logik, Logische Elementarlehre.
3. Aufl. Berlin, Leipzig 1923.
(zit. Erdmann)
- Erman, Walter - Westermann,
Harm-Peter : Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch.
früher hrsgeb. von Walter Erman,
hrsgeb. von Harm-Peter Westermann,
1. Band, 6. Aufl. Münster 1975
(zit. Erman - Westermann)
- Esser, Josef : Die Interpretation im Recht.
In: Studium Generale VII (1954),
S. 372 ff.
(zit. Esser, Interpretation)
- ders. : Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts.
3. Aufl. Tübingen, 1974
(zit. Esser, Grundsatz und Norm)
- ders. : Vorverständnis und Methodenwahl in
der Rechtsfindung.
Frankfurt/M. 1970
(zit. Esser, Vorverständnis)
- Evans-von Krbek, Franziska : Die analoge Anwendung der Vorschrif-
ten des Handelsvertreterrechts auf
den Vertragshändler.
Bielefeld 1976
(zit. Evans-von Krbek)

- Fabrizius, Fritz : Relativität der Rechtsfähigkeit -
Ein Beitrag zur Theorie und Praxis
des privaten Personenrechts.
München, Berlin 1963
(zit. Fabrizio)
- ders. : Stillschweigen als Willenserklärung.
In: JuS 1966, S. 50 ff.
- Fikentscher, Wolfgang : Methoden des Rechts
Bd. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis,
Tübingen 1976
(zit. Fikentscher, Methoden)
- ders. : Schuldrecht
6. Aufl. Berlin / New York 1976
(zit. Fikentscher, Schuldrecht)
- Flume, Werner : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft,
3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York
1979
(zit. Flume, Rechtsgeschäft)
- ders. : Das Rechtsgeschäft und das rechtlich
relevante Verhalten.
In: AcP 161 (1962) S. 52 ff.
- ders. : Rechtsgeschäft und Privatautonomie.
In: Hundert Jahre Deutsches Rechts-
leben. Bd. I,
Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
(zit. Flume, Rechtsgeschäft und Pri-
vatautonomie)
- Friedenthal, Felix : Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben.
Berlin 1929
(zit. Friedenthal)
- Friemel, Gerhard : Über die rechtliche Bedeutung des
kaufmännischen Bestätigungsschreibens.
Diss. Jena 1927
(zit. Friemel)
- Gareis, Karl : Das Deutsche Handelsrecht.
8. Aufl. Berlin 1909
(zit. Gareis)
- Gareis, Karl/Fuchsberger, Otto : Das Allgemeine Deutsche Handelsge-
setzbuch.
Berlin 1891
(zit. Gareis/Fuchsberger)

- Gemeinschaftskommentar HGB : Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Georg W. Bandasch.
3. Aufl. Neuwied/Darmstadt 1980
(zit. GK - HGB)
- Gerlach, Johann W. : Die Haftungsordnung der §§ 25, 28, 130 HGB.
Stuttgart 1976
(zit. Gerlach)
- Gierke, Julius von/Sandrock, Otto: Handels- und Wirtschaftsrecht, als Handels- und Schiffahrtsrecht begründet von Julius von Gierke; 9. völlig neu bearbeitete Auflage von Otto Sandrock.
Bd. 1: Allgemeine Grundlagen/ Der Kaufmann und sein Unternehmen.
Berlin/New York 1975
(zit. Gierke/Sandrock)
- Gierke, Otto von : Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. In: ZHR Bd. 45
S. 441 ff.
- Giesecke, Paul : Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens. In: FS Ernst Heymann zum 70. Geburtstag 1940, II. Band - Recht der Gegenwart, Weimar 1940, S. 112 ff.
(zit. Giesecke)
- Götz, Donald : Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr.
Bad Homburg - Berlin - Zürich 1968
(zit. Götz)
- Götz, Donald/Huhn, Dieter : Das kaufmännische Bestätigungsschreiben.
Bad Homburg - Berlin - Zürich 1969
(zit. Götz/Huhn)
- Goldschmidt, Levin : Besprechung von: Dernburg, H., Lehrbuch des Privatrechts.
In: ZHR Bd. 36, S. 319.
- ders. : Handbuch des Handelsrechts, I. Band. Die geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren.
2. Aufl. Stuttgart 1875
(zit. Goldschmidt, Handbuch)
- ders. : System des Handelsrechts im Grundriß,
3. Aufl. Stuttgart 1891
(zit. Goldschmidt, System)

- ders. : : Über den Erwerb dinglicher Rechte vom Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen.
In: ZHR Bd. 8 (1865), S. 225 ff.; Bd. 9 (1866), S. 1 ff.
- Hadding, Walther : Die HGB-Klausur.
München 1980
(zit. Hadding)
- Hämmerle, Hermann : Handelsrecht,
Bd. 1, Allgemeine Lehren und Handelsstand.
2. Aufl. Graz, Wien, Köln 1967
(zit. Hämmerle)
- Hahn, Friedrich von : Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch.
2. Band, 2. Aufl. Braunschweig 1975
(zit. von Hahn)
- Hahn, Carl/Mugdan, Benno : Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen.
Sechster Band: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.
(zit. Materialien HGB)
- Hanau, Peter : Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung.
In: AcP Bd. 165 (1965), S. 220 ff.
- Handelsgesetzbuch : Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts.
3. Aufl. neubearbeitet von D. Brüggemann u.a.
3. Band, 1. Halbband, bearbeitet von Ratz; Berlin, New York 1968
3. Band, 2. Halbband, bearbeitet von Canaris; Berlin, New York 1973 - 1977
4. Band, bearbeitet von Würdinger/Röhrich und Brüggemann, Berlin, New York 1970
(zit. Großkomm. - HGB - Bearb.)
- Heck, Philipp : Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz,
Tübingen 1932.
- ders. : Das Problem der Rechtsgewinnung.
Tübingen 1912.
(zit. Heck, Rechtsgewinnung)

- ders. : Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz.
In: AcP 112 (1914), S. 1 ff.
- ders. : Grundriß des Sachenrechts.
Tübingen 1930
(zit. Heck, Grundriß)
- ders. : Weshalb besteht ein von dem bürger-
lichen Rechte gesondertes Handels-
privatrecht?
In: AcP 100 (1902), S. 438 ff.
- Heckelmann, Dieter : Die Grundlagen der Haftung aus Fir-
menfortführung nach § 25 Abs. 1
Satz 1 HGB.
In: Entwicklungstendenzen im Wirt-
schafts- und Unternehmensrecht. FS
für Horst Bartholomeyczik zum 70. Ge-
burtstag, hrsgb. von W. Harms u.a.,
Berlin 1973, S. 129 ff.
(zit. Heckelmann, FS Bartholomeyczik)
- Hefermehl, Wolfgang : Grundfragen des Kontokorrents
In: FS für Heinrich Lehmann zum
80. Geburtstag,
Bd. II, Berlin 1956, S. 547 ff.
(zit. Hefermehl, FS Lehmann)
- Heller, Theodor : Logik und Axiologie der analogen
Rechtsanwendung.
Berlin 1961
(zit. Heller)
- Heymann, Ernst : Die Beziehungen des Handelsrechts zum
Zivilrecht. Referat zum Haager Kon-
gress für Rechtsvergleichung. Sonder-
ausgabe aus den Sitzungsberichten der
Preußischen Akademie der Wissenschaf-
ten, Phil.-Hist. Klasse 1932 V,
Berlin 1932.
(zit. Heymann)
- Hofmann, Paul : Handelsrecht.
4. Aufl., Frankfurt/M. 1982
(zit. Hofmann)
- Holz, Harald : Art. "Analogie".
In: Handbuch philosophischer Grund-
begriffe. Bd. I, München 1973, S. 51 ff.
(zit. Holz)

- Hübner, Heinz : Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht.
Erlangen 1955
(zit. Hübner, Rechtsverlust)
- ders. : Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung. In: FS für Hans Carl Nipperdey, Band 1.
München/Berlin 1965
(zit. Hübner, FS Nipperdey)
- Hubmann, Heinrich : Das Recht am Unternehmen.
In: ZHR 117 (1955), S. 41 ff.
(zit. Hubmann)
- Isay, Rudolf : Das Recht am Unternehmen.
Berlin 1910
(zit. Isay)
- Kaufmann, Arthur : Analogie und "Natur der Sache".
Karlsruhe 1965
(zit. Kaufmann)
- Klauss, Herbert : Finanzierungsverträge und Abzahlungsgesetz. In: NJW 1953, S. 6 ff.
- Klauss, Herbert/Ose, Ludwig : Kommentar zum Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte.
Herne/Berlin 1979
(zit. Klauss/Ose)
- Klug, Ulrich : Juristische Logik.
3. Aufl. Berlin - Heidelberg - New York 1966
(zit. Klug)
- ders. : Rechtslücke und Rechtsgeltung.
In: FS für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I,
München und Berlin 1965, S. 71 ff.
(zit. Klug, FS Nipperdey)
- Koch, Edgar/Stübing, Jürgen : Allgemeine Geschäftsbedingungen,
Kommentar,
Neuwied 1977
(zit. Koch/Stübing)
- Koenige : Handausgabe des Handelsgesetzbuches.
4. Aufl., bearbeitet von R. Teichmann und W. Koehler, Mannheim, Berlin, Leipzig 1936
(zit. Koenige - Teichmann - Koehler)
- Kornblum, Udo : Der Kaufmann und die Gerichtsstandsnovelle.
In: ZHR 138 (1974), S. 478 ff.

- Koumantos, Georgios : Erwerberhaftung bei Unternehmensveräußerung. Rechtsvergleichende Studien zur Verdinglichung des Gläubigerrechts, Hamburg 1955.
(zit. Koumantos)
- Krause, Hermann : Besprechung von Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen.
In: ZHR 130 (1968), S. 201 ff.
- ders. : Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht.
In: ZHR 106 (1938), S. 69 ff.
- ders. : Schweigen im Rechtsverkehr.
Marburg 1933
(zit. Krause, Schweigen)
- ders. : Unternehmer und Unternehmung.
Schriftenreihe der WH Mannheim,
Heft 4, Mannheim 1954.
(zit. Krause, Unternehmer und Unternehmung)
- Krejci, Heinz : Betriebsübergang und Arbeitsvertrag.
Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme.
Wien 1972
(zit. Krejci, Betriebsübergang)
- ders. : Ist zur Vertragsübernahme bei Unternehmensveräußerung Dreiparteien-
einigung erforderlich?
In: ÖJZ 1975, S. 449 ff.
- Kuchinke, Kurt : Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens.
In: JZ 1965, S. 167 ff.
- Laband, Paul : Besprechung von: Endemann, Handelsrecht. In: ZHR 8 (1865),
S. 643 ff.
- Larenz, Karl : Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts.
5. Aufl. München 1980
(zit. Larenz AT)
- ders. : Die Sinnfrage in der Rechtswissenschaft.
In: FS für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag.
Göttingen 1978
- ders. : Kennzeichen geglückter Rechtsfortbildung.
Karlsruhe 1965
(zit. Larenz, Kennzeichen)

- ders. : Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977
(zit. Larenz, Schuldrecht)
- ders. : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. Berlin - Heidelberg - New York 1979
(zit. Larenz, Methodenlehre)
- ders. : Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem.
In: NJW 1965, S. 1 ff.
- Lehmann, Heinrich : Zu den Grundfragen des Handelsrechts.
In: Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht, 1938, S. 162 ff.
- Lehmann, Heinrich/Hübner, Heinz : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. Berlin 1966
(zit. Lehmann - Hübner)
- Lehmann, Karl : Der Entwurf des revidierten Handelsgesetzbuches.
In: AcP 86 (1896), S. 289 ff.
- ders. : Die Entwicklung des deutschen Handelsrechts. In: ZHR Bd. 52 (Bd. 37 n.F.), 1902, S. 1 ff.
- ders. : Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912
(zit. Lehmann, Handelsrecht)
- Lehmann, Karl/Ring, Viktor : Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Bd. 1, Berlin 1914
(zit. Lehmann - Ring)
- Lieb, Manfred : Die Haftung für Altschulden bei "Eintritt" eines Gesellschafters in ein nicht- oder minderkaufmännisches Einzelunternehmen.
In: FS für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, hrsg. von W. Hefermehl u.a., Karlsruhe 1974
- Löwe, Walter : Das neue Recht der Gerichtsstandsvereinbarungen.
In: NJW 1974, S. 473 ff.
- Lübtow, Ulrich von : Hand wahre Hand.
In: FS der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. DJT, Berlin, Frankfurt/M. 1955
(zit. v. Lübtow, FS 41. DJT)

- Lux, Karl : Die Entwicklung des Gutgläubens-
schutzes im 19. und 20. Jahrhundert
mit besonderer Berücksichtigung des
Wechselrechts.
16. Beiheft zur ZHR, Stuttgart 1939
(zit. Lux)
- Makower, H. : Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetz-
buch.
10. Aufl. Berlin 1890
(zit. Makower)
- Mennicken, Axel : Das Ziel der Gesetzesauslegung.
Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
(zit. Mennicken)
- Mertens, Hans-Joachim/
Rehbinder, Eckard : Internationales Kaufrecht.
Kommentar zu den Einheitlichen Kauf-
gesetzen.
Frankfurt/M. 1975
(zit. Mertens/ Rehbinder)
- Morisse, Karl-August : Der Rechtsgrund für die Haftung des
Erwerbers bei der Übernahme eines
Handelsgeschäfts unter Lebenden.
Diss. Köln 1969
(zit. Morisse)
- Mühl, Otto : Zur Rechtsfindungsmethode des Reichs-
gerichts und des Bundesgerichtshofes
im Gesellschaftsrecht.
In: FS für Robert Fischer.
Berlin, New York 1979, S. 509 ff.
- Müller, Friedrich : Juristische Methodik;
2. Aufl. Berlin 1976
(zit. Müller, Juristische Methodik)
- Müller, Wolfgang : Einbeziehung der Freien Berufe in
das Handelsrecht unter besonderer
Berücksichtigung von Arzt, Apotheker,
Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und
Architekt.
Diss. jur. Berlin 1968
(zit. W. Müller)
- Müller-Erbach, Rudolf : Deutsches Handelsrecht.
2. und 3. Aufl. Tübingen 1923
(zit. Müller-Erbach)
- Müller-Freienfels, Wolfram : Zur "Selbständigkeit" des Handelsrechts.
In: FS für Ernst von Caemmerer,
hrsg. von Ficker u.a.,
Tübingen 1978, S. 583 ff.

- Müller-Graff, Peter-Christian : Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht.
Diss. jur. Tübingen 1973
(zit. Müller-Graff)
- MünchKommBZ : MünchKommBZ zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 1, Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz, 1. Aufl. von Sacke u.a., München 1978
Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. von Heinrichs u.a., München 1979
Band 3, Schuldrecht, Bes. Teil, 1. Halbband, 1. Aufl. von Westermann u.a., München 1980
Band 3, Schuldrecht, Bes. Teil, 2. Halbband, 1. Aufl. von Ulmer u.a., München 1980
Band 4, Sachenrecht, 1. Aufl. von Quack u.a., München 1981
(zit. Mü.Komm. - Bearb.)
- Mugdan, Benno : Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
III. Band, Sachenrecht, Berlin 1899
(zit. Materialien BGB)
- Nawiasky, Hans : Allgemeine Rechtslehre,
2. Aufl. Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
(zit. Nawiasky)
- Nickel, Egbert : Rechtsschein der Fortführung von Handelsgeschäft und/oder Firma.
In: NJW 1981, S. 102 f.
- Nußbaum, Arthur : Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffes. In: ZHR 76 (1915), S. 325 ff.
- ders. : Zur neueren Entwicklung der Lehre vom Unternehmen.
In: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, hrsg. von F. Klausing, H.C. Nipperdey, A. Nußbaum.
Bd. 1, Marburg 1931, S. 492 ff.
(zit. Nußbaum)
- Oertmann, Paul : Bürgerliches Gesetzbuch.
Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin 1929
(zit. Oertmann)

- Oppikofer, Hans : Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung.
Tübingen 1927
(zit. Oppikofer)
- Oßwald, Albrecht : Der sogenannte Vertragsschluß durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben.
Diss. Bonn 1972.
(zit. Oßwald)
- Ostler, Fritz/Weidner, Jochen : Abzahlungsgesetz, Kommentar,
6. Aufl. Berlin, New York 1971
(zit. Ostler - Weidner)
- Palandt, Otto : Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz etc., bearbeitet von Bassege u.a., 42. Aufl. München 1983
(zit. Palandt - Bearb.)
- Philipowski, Rüdiger : Die Geschäftsverbindung.
Heidelberg 1963
(zit. Philipowski)
- Pisko, Oskar : Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechts.
Wien 1935
(zit. Pisko)
- Pramann, Götz : Die Anwendung des Abzahlungsgesetzes - zugleich ein Beitrag zu § 8 AbzG.
In: DB 1974, S. 2093 ff.
- Raisch, Peter : Bedeutung und Wandlung des Kaufmannsbegriffes in der neueren Gesetzgebung.
In: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. FS für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 443 ff.
(zit. Raisch, FS Ballerstedt)
- ders. : Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jhdt.
27. Beiheft zur ZHR, Stuttgart 1962
(zit. Raisch, Abgrenzung)
- ders. : Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht.
In: JuS 1967, S. 533 ff.
- ders. : Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts.
Karlsruhe 1965
(zit. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen)

- ders. : Handelsgesellschaften auf Einlagen als neue Gesellschaftsform für Vereinigungen von Handelsgewerbetreibenden, Landwirten und Angehörigen freier Berufe.
In: FS für Alexander Knur, München 1972, S. 165 ff.
- Raiser, Ludwig : Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
Hamburg 1935 (Neudruck 1961)
(zit. Raiser, AGB)
- Raiser, Thomas : Das Unternehmen als Organisation.
Berlin 1969
(zit. Th. Raiser)
- Regelsberger, Ferdinand : Über die Haftung des Firmenerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten.
In: ZHR Bd. 14 (1870), S. 1 ff.
- Reichsgerichtsräte - Kommentar : Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes.
12. Aufl., Band II, 2. Teil, bearbeitet von Ballhaus u.a., Berlin/New York 1978
(zit. RGRK - BGB - Bearb.)
- Reichsgerichtsräte - Kommentar : Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts.
2. Aufl., 3. Band, bearbeitet von v. Godin und Ratz, Berlin 1963
(zit. RGRK - HGB - Bearb.)
- Reinicke, Dietrich : Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof.
In: JuS 1964, S. 421 ff.
- Reinicke, Dietrich, und Reinicke, G. : Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.
In: NJW 1952, S. 1153 ff.
- Rießler, Jakob : Der Einfluß handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Stuttgart 1894
(zit. Rießler)

- Ritter, Carl : Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
2. Aufl. München, Berlin 1932.
(zit. Ritter)
- Rittner, Fritz : Unternehmen und freier Beruf als
Rechtsbegriffe.
In: Recht und Staat in Geschichte
und Gegenwart, Tübingen 1962,
S. 261 ff.
(zit. Rittner)
- Säcker, Franz-Jürgen : Die handelsrechtliche Haftung für
Altschulden bei Übertragung und
Vererbung von Handelsgeschäften.
In: ZGR 1973, S. 261 ff.
- Sauer, Wilhelm : Juristische Methodenlehre.
Stuttgart 1950.
(zit. Sauer)
- Savigny, Friedrich Karl von : Juristische Methodenlehre.
Hrsg. von Gerhard Wesenberg,
Stuttgart 1951
(zit. Savigny)
- Sax, Walter : Das strafrechtliche Analogieverbot.
Göttingen 1953.
(zit. Sax)
- Scherner, Karl Otto : Wandlungen im Bild des Kontokorrents
In: FS für Johannes Bärmann.
München 1975, S. 171 ff.
- Scheuerle, Wilhelm A. : Das Wesen des Wesens.
In: AcP Bd. 163 (1964), S. 429 ff.
- Schiedermaier, Gerhard : Vereinbarungen im Zivilprozeß.
Bonn 1935
(zit. Schiedermaier)
- Schlegelberger, Franz : Handelsgesetzbuch,
erläutert von E. Geßler, W. Hefermehl,
W. Hildebrandt, G. Schröder
Bd. IV, 5. Aufl., München 1976
Bd. V, 5. Aufl., München 1982
(zit. Schlegelberger - Bearb.)
- Schmidt, Karsten : Das HGB und die Gegenwartsaufgaben
des Handelsrechts.
Die Handelsrechtskodifikationen im
Lichte der Praxis,
Berlin, New York 1983
(zit. Schmidt, Gegenwartsaufgaben)

- ders. : Haftungskontinuität als unternehmerisches Prinzip.
In: ZHR 145 (1981), S. 2 ff.
- ders. : Haftungsprobleme der "bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft".
In: DB 1973, S. 653 ff., 703 ff.
- ders. : Handelsrecht,
2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn,
München 1982
(zit. Schmidt, Handelsrecht)
- ders. : Kontokorrent und Zinsezinsverbot.
In: JZ 1981, S. 126 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim : Allgemeine Geschäftsbedingungen.
2. Aufl. München 1977
(zit. Schmidt-Salzer, AGB)
- ders. : Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen.
In: BB 1971, S. 591 ff.
- Schreiber, Otto : Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. In: Jh Jb. 60 (1912),
S. 106 ff.
- Schricker, Gerhard : Probleme der Schuldenhaftung bei
Übernahme eines Handelsgeschäftes.
In: ZGR 1970, S. 121 ff.
- Schweiger, Rudolf : Die Bedeutung des Stillschweigens innerhalb der §§ 346 und 362 des Handelsgesetzbuches.
Diss. jur. Erlangen 1929.
(zit. Schweiger)
- Soergel, Hans-Theodor /
Siebert, Wolfgang : Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.
Stuttgart 1978
Bd. 2, Schuldrecht, 10. Aufl.
Stuttgart 1967
(zit. Soergel - Siebert - Bearb.)
- Sonnenberger, Jürgen : Verkehrssitten im Schuldvertrag.
München 1970
(zit. Sonnenberger)

- Staub** : Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3, 12. und 13. Aufl. bearbeitet von Koenige, Pinner und Bondi, Berlin - Leipzig, 1926; 14. Aufl., bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow und Heinichen, Berlin - Leipzig 1933 (zit. Staub - Bearb.)
- Staudinger, J. von** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 11. Aufl., I. Bd. Allgemeiner Teil, erläutert von Coing, Berlin 1957
II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, erläutert von Kiefersauer u.a., Berlin 1955,
3. Teil, erläutert von Nipperdey u.a., Berlin 1958
(zit. Staudinger - Bearb., 11. Aufl.)
12. neubearbeitete Auflage, Einleitung, Allgemeiner Teil, erläutert von Coing, Berlin 1980
Allgemeiner Teil erläutert von Dilcher, Berlin 1980
Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433 - 580a) erläutert von Emmerich u.a., Berlin 1978
(zit. Staudinger - Bearb.)
- Thöl, Heinrich** : Das Handelsrecht, Bd. I, 5. Aufl. Göttingen 1875
6. Aufl. Göttingen 1879
(zit. Thöl)
- Viehweg, Theodor** : Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. München 1974
(zit. Viehweg)
- Voigtel** : Unter welchen Umständen ist die Existenz eines Concocurrent-Verhältnisses anzunehmen?
In: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, 3. Band (1864), S. 203 ff.
- Vollkommer, Max** : Gerichtsstands begründung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge.
In: NJW 1973, S. 1591 ff.
- Waskönig, Peter** : Rechtsgrund und Tragweite der §§ 25, 28 HGB.
Diss. Bonn 1979
(zit. Waskönig)

- Weigelin, Ernst : Die Lücken im Recht.
In: Jh Jb. 52 (1939/40), S. 1 ff.
- Wendt, Otto : Erwerb von einem Nichtberechtigten.
In: AcP 89 (1899), S. 1 ff.
- Wessel, Hans-Heinz : Der Kaufmannsbegriff.
In: BB 1977, S. 1226 ff.
- ders. : Ist unser Firmenrecht reformbedürftig?
In: BB 1969, S. 885 ff.
- ders. : Unsicherheit durch den handelsrecht-
lichen Kaufmannsbegriff.
In: BB 1974, S. 1045 ff.
- Wiedemann, Herbert : Juristische Person und Gesamthand -
eine Bestandsaufnahme aus bürgerlich-
rechtlicher, handels- und steuer-
rechtlicher Sicht.
In: WM-Sonderbeilage 4/1975, S. 1 ff.
(zit. Wiedemann)
- Wieland, Karl : Handelsrecht.
Bd. 1, München und Leipzig 1921
(zit. Wieland)
- Wurst, Bruno : Die positive Bedeutung des Still-
schweigens bei Vertragsschlüssen.
Diss. jur. Göttingen 1933
(zit. Wurst)
- Zitelmann, Ernst : Lücken im Recht,
Leipzig 1903
(zit. Zitelmann)

Materialien, Denkschriften, Protokolle

Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichsjustizamt, Amtl. Ausgabe Berlin 1896. (zit. Denkschrift HGB)

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen, Berlin 1896 (zit. Denkschrift BGB)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Amtl. Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888 (zit. Motive BGB)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Band I, Berlin 1897; Band II, Berlin 1898 (zit. Protokolle BGB)

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Im Auftrag dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz, Band I - III, Würzburg 1858 (zit. Protokolle AdHGB)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band, Seite)
AdHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung, alte Folge
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr, Band, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Band, Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
BT	Bundestag
bzw.	beziehungsweise
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
ebd.	ebenda
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch

Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera
f.	folgend
FamRZ	Familienrechtszeitung (Jahr, Seite)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts- genossenschaften
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Jahr, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
Jh.Jb.	JheringsJahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, begr. von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesangabe, Nummer der Entscheidung)
LZ	Leipziger Zeitung für deutsches Recht (Jahr, Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Jahr, Seite)
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone (Band, Seite)
oHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechts (Band, Seite)
Recht	Das Recht (Jahr, Nummer)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Band, Seite)
S.	Satz, Seite
s.	siehe
Seuff. Archiv	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
u.a.	unter anderem
Vers.aufs.G	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen
vgl.	vergleiche
Vhdlgen	Verhandlungen
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band, Seite)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)

A. EINLEITUNG

Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung

1. Problemstellung

Im Jahre 1861 wurde mit der Verabschiedung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (AdHGB) erstmals der umfassende Versuch unternommen, die Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des Handelsrechts in Deutschland zu beseitigen und eine einheitliche Handelsrechtskodifikation zu schaffen. Dieses Handelsgesetzbuch enthielt aber auch Regeln, die man aus heutiger Sicht der Lehre vom Rechtsgeschäft und dem Schuldrecht zuordnen würde. Da es in den deutschen Bundesstaaten an einer einheitlichen Handhabung des bürgerlichen Rechts noch mangelte, sah man sich bei den Entwurfsberatungen veranlaßt, solche Bestimmungen mit in den Normenkatalog aufzunehmen, um die geschäftliche Tätigkeit des Kaufmannes umfassend einheitlich reglementieren zu können¹⁾.

Aus Anlaß des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches in den Jahren 1896 - 1897 mußte das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch eine Änderung erfahren, um die Gefahr der Kollision von Normen des BGB und des AdHGB im Bereich des bürgerlichen Rechts zu vermeiden. Zugleich wurde aber auch die Frage gestellt, ob der Adressatenkreis des AdHGB richtig gewählt sei²⁾.

Man knüpfte damit an Überlegungen an, die unter dem Stichwort "Kommerzialisierung des bürgerlichen Rechts" geführt wurden³⁾. Und nicht zuletzt mußte das Verhältnis zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht geklärt werden.

Eine Lösung fand man in dem Wechsel vom "objektiven" zum "subjektiven" System: Unter der Geltung des AdHGB bestimmte sich die Anwendbarkeit des Gesetzes nach der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts.

1) "Vorläufiges Ersatzzivilrecht", vgl. Raisch JuS 1967, S. 535.

2) Vgl. Denkschrift HGB, S. 2 ff..

3) Vgl. Rießer, S. 14, Fn. 3.

tes; eine abschließende Aufzählung war in den Art. 271 und 272 des Gesetzes vorgenommen. In den Mittelpunkt des (neuen) HGB wurde dagegen der Kaufmann gestellt¹⁾, die Merkmale der Kaufmannseigenschaft in den §§ 1 - 6 HGB näher umrissen.

Bereits recht bald zeigte sich jedoch, daß der durch die §§ 1 - 6 HGB abgesteckte Rahmen für die Kaufmannseigenschaft zu eng sein könnte, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Die Rechtsprechung begann bereits 1904, also nur vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, z. B. die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben auf bestimmte Nichtkaufleute auszudehnen²⁾. Diese Tendenz setzte sich insbesondere hinsichtlich des dritten Buches des HGB (vor allem Abschnitte 1 und 2) fort, sie fand im wesentlichen die Billigung der Literatur. Die Frage, ob handelsrechtliche Normen nur auf Kaufleute oder aber auch, und gegebenenfalls in welchem Rahmen, auf Nichtkaufleute Anwendung finden könnten, wurde jedoch stets speziell für diejenige Norm beantwortet, auf die es in dem zu entscheidenden Fall ankam.

Erst in neuerer Zeit finden sich Bestrebungen in der Literatur, gerade die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte grundsätzlich auf bestimmte Arten von Nichtkaufleuten anzuwenden. Begleitet werden diese Überlegungen von dem Versuch, den Kaufmannsbegriff des HGB durch den Begriff des Unternehmens bzw. Unternehmers zu ersetzen. Während bei Wieland³⁾, Schreiber⁴⁾ und insbesondere bei der sorgfältigen Untersuchung von Krause⁵⁾ der Gedanke im Vordergrund stand, den Kaufmannsbegriff im Wege einer Änderung des Gesetzes durch den Begriff des Unternehmens zu ersetzen, konzentrieren sich nun die Überlegungen auf die Frage, inwieweit vor einem Tätigwerden des Gesetzgebers schon jetzt eine Erweiterung des Adressatenkreises herbeigeführt werden kann. Raisch⁶⁾ versucht, die von ihm entworfene Konzeption des

1) Vgl. Denkschrift HGB, S. 7 f..

2) OLG Stettin, Das Recht 1904, Nr. 1130; RG JW 1907, 149; vgl. im übrigen unten S. 151 f.

3) S. 145, 150.

4) In: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Handelsrechtslehrer, Heft 1 (1928), S. 41 ff..

5) ZHR 105, 69 ff.

6) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 1 ff.

"Unternehmers" mit der Weiterentwicklung des HGB in Verbindung zu bringen; er sieht die Möglichkeit einer analogen Anwendung handelsrechtlicher Normen auf gleich gelagerte Tatbestände außerhalb des Handelsrechts¹⁾. Auch Canaris²⁾ befürwortet im wesentlichen die Ausweitung des Adressatenkreises. Und Schmidt³⁾ meint: "Wo das Gesetz in den Begriffen Kaufmann, Handelsgeschäft und Firma denkt, muß ständig geprüft werden, ob nicht verallgemeinerungsfähige Normen ... geschaffen sind." Von daher sei, soweit es sich im Einzelfall überhaupt um eine handelsrechtliche Norm handle, eine analoge Anwendung angezeigt⁴⁾. Schließlich hat Müller⁵⁾ nachzuweisen versucht, daß auch die Freien Berufe in bestimmten Fällen in den Norm-Adressatenkreis des HGB einzubeziehen seien.

Die hier vorgelegte Arbeit versucht, an diese Überlegungen anzuknüpfen. Die bislang veröffentlichten Untersuchungen vermögen noch nicht die Frage nach der Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute erschöpfend zu beantworten. Müller hat nur die Möglichkeit der Einbeziehung der Freien Berufe überprüft. Raisch hat sich darauf konzentriert, ein neues Bild des Unternehmens zu entwerfen und einen neuen Denkansatz zu finden, der - rechtspolitisch⁶⁾ - geeignet ist, als Merkmal des Handelsrechts den geltenden Kaufmannsbegriff befriedigend abzugrenzen. Unbeantwortet geblieben ist jedoch die Frage, ob auf dem Boden des gültigen HGB ein Teil der darin enthaltenen Normen auf Nichtkaufleute oder doch auf bestimmte Nichtkaufleute Anwendung finden können.

Dieser Gedanke ist von Schmidt⁷⁾ bejaht worden. Er meint⁸⁾, HGB-Normen sollten unter zwei Voraussetzungen analog angewandt werden:

1) Vgl. auch Raisch, JuS 1967, S. 533 ff.

2) Capelle/Canaris, S. 94 ff.

3) Handelsrecht, S. 48.

4) Ebd., S. 43.

5) Einbeziehung der Freien Berufe in das Handelsrecht. Diss. 1968

6) So ausdrücklich Raisch, JuS 1967, S. 533.

7) Handelsrecht, S. 43.

8) Ebd.

Einerseits müßten sie dem Rechtsverkehr aller Unternehmen Rechnung tragen; andererseits dürften der Analogie keine zwingenden Schutzgedanken im Wege stehen.

Hier fällt zweierlei ins Auge: Zum einen sieht Schmidt als methodischen Weg nur, aber auch gerade, den Analogieschluß. Zum anderen will er nur entgegenstehende zwingende Schutzgedanken berücksichtigt wissen.

Der Analogieschluß ist sicherlich ein geeignetes methodisches Hilfsmittel zur Ausdehnung des Norm-Adressatenkreises. Daß es das einzig richtige darstellt, bedarf aber noch des Nachweises. Wenn die entsprechende Anwendung der Vorschrift nur durch zwingende Schutzgedanken gehindert sein soll, so deutet dies darauf hin, daß Schmidt den Erwägungen des historischen Gesetzgebers wenig Bedeutung beimißt. Ob dieses Vorgehen de lege lata möglich ist, muß aber sorgfältig überprüft werden.

2. Erläuterungen zur Fragestellung

a) Methodische Vorbemerkungen

Die Frage der Einbeziehung von Nichtkaufleuten in den Normadressatenkreis stellt sich vor allem im Bereich der Vorschriften über Handelsgeschäfte, und dort primär im Abschnitt über den Handelskauf (§§ 373 - 382 HGB) und den vorangehenden allgemeinen Vorschriften (§§ 343 - 372 HGB), da die dort jeweils angeordnete Rechtsfolge zum Teil erheblich von der entsprechenden Regelung im BGB abweicht. Aber auch im ersten Buch des HGB sind solche Vorschriften anzutreffen (vgl. §§ 25, 28, 48 ff.). Welche Rechtsnorm Anwendung findet, hängt davon ab, ob es sich bei der einen Vertragspartei bzw. bei beiden um Kaufleute handelt, d. h., ob einer der in §§ 1 - 6 HGB genannten Tatbestände erfüllt ist. Maßgebend ist also, ob wir es mit dem Betreiber eines Grundhandelsgewerbes zu tun haben¹⁾ bzw. ob das Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmänni-

1) Vgl. § 1 Abs. 1 HGB

scher Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert¹⁾. Gemeinsames Kriterium ist die Ausübung eines Gewerbes, definiert als einer berufsmäßigen und selbständigen, aber nicht künstlerischen, wissenschaftlichen oder freiberuflichen, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragenen Tätigkeit²⁾. Diese Beschränkung des Normadressatenkreises trifft eine nach dem Willen des Gesetzgebers verbindliche, heute aber nicht mehr voll überzeugende Auswahl unter den Trägern von Unternehmungen.

Steht der kleine Einzelhändler mit seinen Lieferanten in einem Kontokorrentverhältnis, so finden, ohne daß es einer besonderen Vereinbarung bedarf, die §§ 355 bis 357 HGB Anwendung. Will ein Zahnarzt, der mit einem zahntechnischen Labor in ständiger Geschäftsverbindung steht, diese Normen dem Inhalt nach zur Anwendung bringen, bedarf es einer umfangreichen Vereinbarung; Zinsen aus dem Überschuß können aber auch dann nicht bedungen werden. Oder nehmen wir ein anderes Beispiel: Der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft G geht von einem Mandanten ein Angebot zu. Ist G eine GmbH, so kommt dann, wenn G nicht reagiert, das Mandatverhältnis zustande (vgl. § 362 HGB). Handelt es sich dagegen um eine Sozietät (also eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts), so ist nach dem Gesetzeswortlaut Schweigen als Ablehnung anzusehen; Schadensersatzansprüche sind auf den Ersatz des Vertrauensschadens wegen culpa in contrahendo beschränkt. Empfängt der Bauunternehmer B ein Bestätigungsschreiben, das ungelesen zu den Akten geht, so fixiert es verbindlich den Vertragsinhalt, wenn B eingetragener Kaufmann ist. Anders wäre es, wenn B die Eintragung ins Handelsregister nicht bewirkt hat. Derlei Beispiele gibt es mehr.

Es genügt nicht, die Anwendung von Handelsrecht in diesen Fällen davon abhängig zu machen, daß der Betroffene wie ein Kaufmann aufgetreten ist³⁾. Mit dem Gedanken von Rechtsschein und Fiktion lassen sich zwar einige der möglichen Fallgestaltungen lösen. Wenig hilfreich sind

1) Vgl. § 2 Satz 1 HGB.

2) Mit wechselnden Formulierungen RGZ 66, 143, 148; 74, 150; 116, 227, 229; BGHZ 33, 321, 325; 49, 258, 260; 74, 273.

3) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 43.

die Lösungsversuche aber dann, wenn der Betroffene erkennbar die Kaufmannseigenschaften nicht besitzt, sei es, weil (überkommene) standesrechtliche Gedanken entgegenstehen, sei es, weil dem Geschäftspartner bekannt ist, daß sein Kontrahent nicht im Handelsregister eingetragen ist. Zu überprüfen ist vielmehr, ob der Gesetzgeber bei Schaffung des HGB Fallgestaltungen übersehen hat, die nach Sinn und Zweck des Gesetzes zwar geregelt werden sollten, aber durch die Festlegung des Kaufmannsbegriffes in den §§ 1 bis 6 HGB nicht erfaßt werden können. Denkbar wäre auch, daß sich das Handelsrecht seit dem Inkrafttreten des HGB in der Weise weiterentwickelt hat, daß der Kaufmannsbegriff, jedenfalls in weiten Bereichen des Gesetzbuches, durch einen anderen ersetzt werden kann und muß, ohne dabei aber die Grenzen einer Rechtsfindung de lege lata zu überschreiten.

b) Übersicht über den Gang der Darstellung

Die Arbeit wird sich daher in dem ersten Abschnitt mit der Frage befassen, welcher methodische Weg einzuschlagen ist, um über eine Ausdehnung des Normadressatenkreises urteilen zu können. Dabei wird auch auf das Verhältnis von Handelsrecht und Bürgerlichem Recht einzugehen sein; jedoch sollen diese Überlegungen nur zur Vorbereitung der dogmatischen Lösung dienen, nicht aber selbst das Ziel der Untersuchung sein¹⁾. Vorrangig ist im Hinblick auf das konkrete Rechtsanwendungsproblem die Frage, auf welche Weise man zu der verbindlichen Lösung, zu der "richtigen Entscheidung"²⁾ findet, wenn man die Hauptaufgaben der rechtswissenschaftlichen Dogmatik darin sieht, verbindliche Aussagen über die rechtliche Entscheidung tatsächlicher Fälle zu ermöglichen³⁾.

1) Eine nicht nur begriffliche, sondern auch in der Sache scharfe Trennung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtstheorie wird sicher allerdings nicht vornehmen lassen.

2) D. h. einer methodengerecht begründeten Entscheidung; vgl. Engisch, Wahrheit, S. 14.

3) Vgl. Dressler, S. 19.

In einem weiteren Abschnitt wird dann zu klären sein, ob sich möglicherweise der Kaufmannsbegriff vor allem in den §§ 343 bis 382 HGB, also dort, wo es allgemein um Geschäfte unter Kaufleuten bzw. zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann geht¹⁾, durch einen anderen Terminus ersetzen läßt, der geeignet ist, mit Hilfe des für zutreffend erachteten dogmatischen Weges eine Einbeziehung von Nichtkaufleuten in den Adressatenkreis der Normen vorzunehmen.

Hier wird sich die Frage stellen, ob anstelle des Kaufmannsbegriffes, wie er in diesem Abschnitt des HGB zur Anwendung kommt, nicht nach Sinn und Zweck des Gesetzes und möglicherweise auch nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers der Begriff des "Unternehmens" oder der des "Unternehmers" verwendet werden kann. Das HGB nennt sie in zahlreichen Vorschriften²⁾ oder gebraucht die Wendung "Gegenstand des (vom Kaufmann oder der Gesellschaft betriebenen) Unternehmens"³⁾. Nach dem dogmatischen System des Handelsgesetzbuches steht zwar der Kaufmann im Mittelpunkt (neben den Handelsgesellschaften). Er ist Träger des Sonderrechts, um deretwillen das Handelsrecht außerhalb des allgemeinen Zivilrechts kodifiziert wurde, und als solcher das im Gesetz durchgehend anerkannte Rechtssubjekt, der Normadressat⁴⁾. Es ist aber denkbar, daß sich hinter dem Kaufmannsbegriff, jedenfalls im Bereich der §§ 343 bis 382 HGB, der Gedanke des Unternehmens/Unternehmers verbirgt. Es wird deshalb hier eine Konzeption dieses Terminus zu entwickeln sein, wobei stets darauf zu achten ist, daß er geeignet sein soll, de lege lata den Adressatenkreis der Normen zu erweitern.

Der so gefundene Begriff soll dann in einem weiteren Abschnitt dieser Arbeit auf seine Brauchbarkeit hin durchleuchtet werden. Einige ausgesuchte Vorschriften aus dem ersten und dritten Buch des HGB werden

1) Die Vorschriften des dritten Buches sind, wie § 345 HGB zu entnehmen ist, teils auf einseitige, teils auf beiderseitige Handelsgeschäfte zugeschnitten.

2) Z. B. §§ 2, 3 HGB.

3) Vgl. §§ 6 Abs. 2, 33 Abs. 2 HGB.

4) Th. Raiser, S. 15.

danach überprüft werden, ob sie nach Sinn und Zweck und möglicherweise auch dem nicht zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers überall dort, wo sie den Begriff des Kaufmanns nennen, nicht vielmehr den - näher definierten - Begriff des Unternehmens bzw. Unternehmers meinen. Es ist jedoch, betrachtet man die von Raisch¹⁾ erzielten Ergebnisse, grundsätzlich nicht auszuschließen, daß eine der Normen systematisch nicht in das Handelsrecht einzuordnen ist, vielmehr eine solche des Bürgerlichen Rechts darstellt, oder daß eine "allgemeine" Norm, d. h. eine solche, die auf alle kaufmännischen Geschäfte Anwendung finden kann, in Wahrheit nur für bestimmte Arten von Kaufleuten oder Geschäften paßt²⁾.

Der Begriff des Kaufmanns findet sich außer im HGB auch in einigen weiteren Gesetzen³⁾, die zum Teil aus der Zeit des Inkrafttretens des HGB stammen⁴⁾, zum Teil aber auch das Ergebnis neuerer Gesetzgebungsmaßnahmen sind⁵⁾. Da diese Normen in enger Verbindung mit den Bestimmungen über Handelsgeschäfte stehen, sollen zwei Vorschriften exemplarisch darauf geprüft werden, ob auch der dort verwendete Terminus "Kaufmann" nicht nach Sinn und Zweck der Norm den Begriff des Unternehmens bzw. Unternehmers verdeckt.

Aufgrund der so gefundenen Ergebnisse wird sich dann feststellen lassen, ob der Normadressatenkreis auf bestimmte Nichtkaufleute erweitert werden kann.

Um die Problematik besser verdeutlichen zu können, wird jedem Kapitel, das sich der Untersuchung einer bestimmten Vorschrift widmet, ein Beispielsfalls vorausgeschickt; bei den Beteiligten wird es sich stets um Nichtkaufleute handeln, die - um an oben Gesagtes⁶⁾ anzuknüpfen - nicht den Tatbestand eines Scheinkaufmanns erfüllen.

1) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 230 ff.

2) Raisch behauptet letzteres hinsichtlich § 366 HGB (vgl. Geschichtliche Voraussetzungen, S. 274 ff.); hierauf wird später noch einzugehen sein.

3) Vgl. §§ 8 AbzG, 24 AGBG, 38 Abs. 1, 1027 Abs. 3 ZPO.

4) §§ 8 AbzG, 1027 Abs. 2 ZPO.

5) §§ 24 AGBG, 38 Abs. 1 ZPO.

6) Vgl. S. 5 unten.

B. ERSTER HAUPTTEIL

Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute

1. Ansatzpunkte für eine Erweiterung des Normadressatenkreises

1. Der Kaufmann als Zentralbegriff des Handelsgesetzbuches

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt aller Regeln des privaten Handelsrechts¹⁾, auch der §§ 343 bis 382 HGB, ist der "Kaufmann". Auch dort, wo das Gesetz dieses Merkmal nicht ausdrücklich in den Tatbestand aufgenommen hat (z. B. in §§ 356, 357 HGB), wird inzidenter die Kaufmannseigenschaft wenigstens eines der Beteiligten zur Voraussetzung gemacht. Demgemäß wird allgemein das Handelsrecht als das besondere Recht der Kaufleute und der Handelsgeschäfte (§ 343 HGB) bezeichnet²⁾, während das Bürgerliche Recht für alle übrigen Personen Geltung besitzt. Allerdings ist dem Terminus "Handelsgeschäft" eine eigenständige Bedeutung nicht beizumessen. Anders als die Regelung im AdHGB (Art. 271 ff.), die das Handelsgeschäft als Zentralbegriff wählte, ist die Bestimmung des HGB durch den Kaufmannsbegriff in § 343 determiniert; das zusätzliche Merkmal "im Betriebe seines Handelsgewerbes" bedeutet dabei nur die räumlich-gegenständliche Komponente des Merkmals "Kaufmann"³⁾.

Den Adressatenkreis, der sich hinter dem Kaufmannsbegriff verbirgt, umschreibt das Gesetz näher in den §§ 1 bis 6 HGB. In § 1 werden eine Reihe typischer Handelsgeschäfte aufgezählt, die, nicht zuletzt aus historischer Sicht, üblicherweise durch einen Kaufmann getätigt werden. § 1 lehnt sich damit sehr eng an die Art. 271, 272 AdHGB an⁴⁾.

1) Bestimmungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter, wie diejenigen über das Handelsregister und die Buchführung des Kaufmanns, sollen hier außer acht bleiben.

2) Brüggenmann in Großkommentar HGB, Allgem. Einleitung, Anm. 1.

3) Vgl. Dressler, S. 44.

4) Raisch, JuS 1967, S. 536.

§ 2 HGB bildet demgegenüber eine Art Generalklausel für Gewerbetreibende, denen ebenfalls die Kaufmannseigenschaft zugesprochen werden soll. Zugrunde liegt dieser Bestimmung die Erkenntnis der Gesetzesverfasser, daß eine vollständige Kasuistik der Grundhandelsgeschäfte nie erstellt werden könnte¹⁾, andererseits auch die Auffassung, der Gesetzgeber müsse verhindern, daß kleinere Unternehmen und auch landwirtschaftliche Betriebe im geschäftlichen Verkehr Gefahr laufen könnten, wie ein Kaufmann behandelt zu werden²⁾. Daher sieht § 2 HGB als Wirksamkeitserfordernis neben der entsprechenden Betriebsweise die Eintragung in das Register vor.

Die Bestimmung des § 3 HGB resultiert (ursprünglich) aus der Auffassung der Verfasser des HGB, die Landwirtschaft etc. vollziehe sich auch als Großbetrieb in Formen und unter Bedingungen, welche von denjenigen des kaufmännischen Verkehrs so wesentlich abweichen, daß eine Grenze gezogen werden muß³⁾.

Die Bestimmungen der §§ 4 bis 6 HGB können hier außer acht bleiben.

2. Methoden zur Erweiterung des Normadressatenkreises

Die Frage nach der Erweiterung des Adressatenkreises handelsrechtlicher Normen stellt sich folglich immer dort, wo in einem Sachverhalt gerade die in den §§ 1 ff. beschriebene Kaufmannseigenschaft des- oder derjenigen fehlt, die nach dem Tatbestand der handelsrechtlichen Norm Kaufmann sein müssen.

Die juristische Methodenlehre eröffnet, ausgehend von der gesetzlichen Bestimmung, verschiedene Wege, auf denen eine Ausweitung erreicht werden kann. Die einzelnen Möglichkeiten und ihre Eignung für die konkrete Problemlösung müssen im folgenden näher dargestellt werden.

1) Materialien HGB, S. 194.

2) Ebd.

3) Ebd., S. 199.

a) Ausweitung im Rahmen einer Auslegung

Man kann im Wege der Auslegung versuchen, sich die - eventuell - verschiedenen möglichen Bedeutungen des Rechtsbegriffs "Kaufmann" zu vergegenwärtigen und den richtigen auszuwählen¹⁾. Die so erzielte Begriffsbestimmung erlaubt es, in einem weiteren Schritt die Möglichkeit der Anwendbarkeit des erläuterten Merkmals auf den konkreten Sachverhalt zu beurteilen.

b) Einbeziehung von Nichtkaufleuten im Wege der Analogie

Läßt sich im Wege der Auslegung eine Lösung der Fallgestaltung nicht erzielen, so bietet sich die Methode der Analogie an, ein Schlußverfahren, bei dem (nach überwiegender Auffassung) von der Übereinstimmung zweier Objekte in mehreren Merkmalen oder Verhältnissen auf die Ähnlichkeit auch in anderen Merkmalen geschlossen wird²⁾, oder, um juristische Termini ins Spiel zu bringen: Die Anwendung eines Rechtssatzes, der für einen bestimmten Tatbestand aufgestellt ist, auf einen abweichenden Tatbestand, der mit dem gesetzlich geregelten in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmt³⁾ (Schluß a similibus ad similia).

c) Erweiterung des Normadressatenkreises mit Hilfe von allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Scheitert ein solcher Analogieschluß, sei es, weil die Tatbestände nicht ähnlich sind, sei es, weil der in Aussicht genommene Rechtssatz eine

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 181.

2) Eisler, Wörterbuch, S. 42 f.

3) Vgl. Bovensiepen, S. 133; Engisch, Einführung, S. 147 Fn. 166c unter Hinweis auf Windscheid. Gegen eine Grenzziehung zwischen Auslegung und Analogie Mennicken, S. 101 mit der unzutreffenden Begründung, Rechtsfindung schließe notwendigerweise Rechtsbildungsaufgaben mit ein, daher habe die Annahme einer Lücke keinen Sinn mehr.

Anwendungen über den durch ihn geregelten Tatbestand hinaus nicht zuläßt¹⁾, könnte man erwägen, die Erweiterung des Normadressatenkreises mit Hilfe der Konkretisierung eines ausfüllungsbedürftigen Maßstabes, z. B. desjenigen von "Treu und Glauben", zu erreichen. Dieser Frage soll hier jedoch nicht näher nachgegangen werden.

Angesichts des nur schwer faßbaren Maßstabes, der durch die Umstände des jeweiligen Einzelfalles auszufüllen ist²⁾, läßt sich eine allgemeiner gehaltene Aussage über die Möglichkeit der Erweiterung nicht treffen³⁾; da es sich um Einzelfallbeurteilungen handelt, können zwar möglicherweise Fallgruppen herausgebildet werden, ein generalisierendes Urteil über die Möglichkeit einer Erweiterung des Normadressatenkreises läßt sich jedoch nicht treffen; die Kernfrage dieser Arbeit - die Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften auf Sachverhalte, an denen ein Kaufmann nicht beteiligt ist, unabhängig von den Umständen des Einzelfalles - bleibt unbeantwortet.

-
- 1) Problem der Analogiefähigkeit von Ausnahmenvorschriften, s. dazu unten S. 24 ff.
 - 2) Die in den §§ 157, 242 BGB geforderte Orientierung an Treu und Glauben bedeutet, daß im Zweifel ein Auslegungsergebnis anzustreben ist, das die berechtigten Belange beider Parteien angemessen berücksichtigt und mit den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs in Einklang steht. Vgl. statt aller Palandt-Heinrichs § 133 Anm. 5 d.
 - 3) Ähnliches gilt, wenn man versuchen wollte, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf ein Rechtsgeschäft zwischen Nichtkaufleuten handelsrechtliche Normen zur Anwendung zu bringen mit der Begründung, nach dem Typus des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages und im Hinblick auf das Fehlen einer für den Streitfall anwendbaren ausdrücklichen Regelung sei der in der handelsrechtlichen Norm zum Ausdruck kommende Gedanke von den Parteien gebilligt worden, sofern sie den Fall bedacht hätten. - Zur ergänzenden Vertragsauslegung vgl. Larenz, Allgem. Teil, S. 497; Sandrock, Vertragsauslegung, Flume, in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben, S. 135 ff.; zweifelnd Burckhardt, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Bd. 71, S. 425 ff.

II. Erweiternde Auslegung als Mittel zur Einbeziehung von Nichtkaufleuten

1. Bedeutung, Umfang und Grenzen der Auslegung im Hinblick auf den Kaufmannsbegriff

a) Der Sinn einer Normauslegung

Um einen als nicht sachgerecht empfundenen Rechtsfolgenunterschied zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten zu vermeiden, könnte man zunächst versuchen, im Wege der Auslegung eine Erweiterung des in den §§ 1 ff. HGB festgelegten Kaufmannsbegriffes zu erzielen. Freilich läßt der strikte Wortlaut des § 1 Abs. 1 HGB (Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt) eine Einbeziehung von Nichtkaufleuten fraglich erscheinen. Es kann und darf jedoch nicht Sinn einer Gesetzesinterpretation sein, am Wortlaut der Norm festzuhalten. Die Wortinterpretation ist zwar der Beginn der Gesetzesanwendung und gleichzeitig die Vorbereitung der Auslegung, nicht aber Endpunkt der Rechtsfindung¹⁾. Die eigentliche Auslegung²⁾ deutet den Sinn des Gesetzes aus seinem rechtspolitischen Zweck bzw. seiner rechtspolitischen Zwecksetzung. Auch ein - scheinbar - noch so klarer und eindeutiger Wortlaut einer Norm (wie z. B. § 1 Abs. 1 HGB) darf den Rechtsanwendenden nicht hindern, eine Auslegung vorzunehmen. Die genaue Bedeutung eines Gesetzestextes wird immer wieder problematisch, weil sich das Gesetz der Umgangssprache bedient und diese, anders als eine mathematische Logik, keine in ihrem Umfang genau festgelegten Begriffe verwendet, sondern mehr oder weniger flexible Ausdrücke, deren mögliche Bedeutung innerhalb einer Spannbreite schwanken kann³⁾. Jede Gesetzesnorm ist daher auslegungsfähig und auslegungsbedürftig; allein die Auslegung kann eine "Eindeutigkeit des Gesetzes" ergeben. Nur das Maß der im Einzelfall anzustellenden Auslegungsbemühungen ist verschieden⁴⁾.

1) Bartholomeyczik, S. 36.

2) Vgl. Coing, Auslegungsmethoden, S. 24.

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 298.

4) Sax, S. 52.

Zum Teil wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, daß Auslegung eine Gesetzeslücke voraussetze¹⁾. Lückenfeststellung kann jedoch nur das Ergebnis einer Auslegung sein, nicht aber deren Grundlage. Setzt man Auslegung und Lückenausfüllung gleich, so besteht die Gefahr, daß die immanenten Wertungen des Gesetzes durch eigene Wertungen substituiert werden²⁾.

Es stellt sich nun die Frage, wie diese Eindeutigkeit des Gesetzes, oder, auf unsere Untersuchung bezogen, die Eindeutigkeit des Kaufmannsbegriffes, ermittelt werden kann. Damit stehen wir vor dem Problem des Auslegungszieles.

b) Die Auslegung im Spannungsfeld zwischen dem Willen des Gesetzgebers und der gewandelten Normsituation

Im rechtsphilosophischen und methodologischen Schrifttum haben sich schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwei Theorien über das Ziel der Gesetzesauslegung herausgebildet. Auf der einen Seite stehen die Vertreter der sogenannten subjektiven Auslegungsmethode, auch Willenstheorie genannt (insbesondere Savigny, Windscheid, Bierling, Heck, Stammler, Beling, Nawiasky). Sie ermitteln nach Möglichkeit den historischen "Willen des Gesetzgebers", dem sie in ihrer konsequentesten Spielart bei der Rechtsgewinnung, insbesondere bei der Ergründung der ratio legis, unbedingten Gehorsam leisten, und zwar auch dann, wenn der "Wille des Gesetzgebers" in dem Gesetz selbst keinen zureichenden Ausdruck gefunden hat³⁾.

Die Verfechter der sogenannten objektiven Auslegungsmethode, zu der insbesondere Wach, Binding und Kohler, daneben auch Radbruch, Sauer und Binder zählen, gewinnen bei der Bewertung der Interessenlage die

1) Burckhardt, Methode und System, S. 270, 280;
Heck, Gesetzesauslegung, S. 161 f.; Sauer, S. 287.

2) Vgl. Sax, S. 42.

3) Bender, JZ 1957, S. 596.

Werturteile nicht grundsätzlich ex tunc aus dem historischen Willen des Gesetzgebers, sondern ex nunc aus den vom Interpretationssubjekt zum Zeitpunkt der Entscheidung vorgefundenen gesellschaftlichen Wertungen. Nach dieser Auffassung muß sich also der "Wille des Gesetzgebers" keineswegs mit dem normativen Willen des historischen Gesetzgebers, nicht zuletzt wegen des ständigen Wandels der der Rechtsordnung zugrunde liegenden Lebenserscheinungen, decken. Der Entstehungsgeschichte des Gesetzes kommt bei dieser Methode nur geringe Bedeutung zu¹⁾.

c) Die Ermittlung des normativen Sinnes als Ziel der Auslegung

Keine der beiden Theorien vermag für sich alleine zu überzeugen.

Die subjektive Theorie trägt dem Bedürfnis der sozialen Entwicklung in der Rechtsfortbildung keine Rechnung; sie fördert dagegen Rechtssicherheit, weil der Wille des Gesetzgebers unverändert bleibt.

Die objektive Theorie verkennt allzu leicht die geschichtsbedingte Entwicklung des Rechts; sie sichert aber Anpassungsfähigkeit des Rechts an Evolutionen und Revolutionen sozialer Erscheinungen²⁾.

Erst eine Synthese der zutreffenden Gedanken beider Theorien schafft eine rechte Erkenntnisquelle für die Erforschung des Gesetzeszwecks. Zweifellos kann die juristische Auslegung nicht darauf verzichten, den Prozeß der Entstehung des Gesetzes in Betracht zu ziehen, also die Art und Weise, wie die Normierung ursprünglich gedacht war und wie die im Spiele stehenden Interessentypen gewertet und abgewogen wurden³⁾. Denn über die erkennbare Regelungsabsicht und die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Wertentscheidungen darf sich die Auslegung nicht hinwegsetzen⁴⁾. Andererseits ist zu bedenken, daß der Auslegende eine Antwort auf die Fragen seiner Zeit sucht, nicht aber eine solche für das Zeitalter des Gesetzgebers. Demnach kann nur die Ermittlung des heute rechtlich maßgeblichen, also eines normativen Sinnes des Gesetzes,

1) Vgl. Bender, JZ 1957, S. 596

2) Bartholomeyczik, S. 44.

3) Betti, S. 632.

4) Engisch, Einführung, S. 97.

das Ziel der Auslegung sein¹⁾.

Für die eingangs gestellte Frage, ob und wie der Kaufmannsbegriff des HGB eine Auslegung erfahren kann, ergibt sich demnach als vorläufige Antwort, daß die Vorstellung des historischen Gesetzgebers vom Begriff des "Kaufmanns" zwar von Bedeutung ist, jedoch für die heutige Auslegung der Normen des HGB keinesfalls unumstößlich sein muß.

d) Der mögliche Wortsinn als Ausgangs- und Endpunkt einer Auslegung, insbesondere der des Rechtsbegriffes Kaufmann

Haben wir damit als Auslegungsziel die Ermittlung des Telos einer Norm ermittelt, so stellt sich weiter die Frage, wie dieser Gesetzeszweck in einer für Dritte nachprüfbaren Weise gefunden werden kann. Gefragt ist damit nach den Kriterien der Auslegung, mit denen die der Norm immanenten Wertungen und Prinzipien gewonnen werden können.

Je nach dem vertretenen Standpunkt legen die Anhänger einer solchen (juristischen) Methodenlehre, die sicherlich als die herrschende bezeichnet werden darf²⁾, das Schwergewicht auf einen bestimmten Auslegungsgesichtspunkt, sei es dem der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers, sei es einem objektiv-teleologischen Kriterium wie dem Prinzip der Gleichbehandlung³⁾. Einig ist man sich darin, daß am Beginn der Auslegung

1) Vgl. Bartholomeyczik, S. 46; Larenz, Methodenlehre, S. 305.

2) Anders verfahren z.B. die Vertreter der topischen Denkweise. Sie sehen die Aufgabe der Jurisprudenz nicht in der Verwirklichung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die durch Interpretation zu deuten sind, sondern in der gerechten, der Sache jeweils angemessenen Entscheidung des Einzelfalles (so insbesondere Viehweg, Topik und Jurisprudenz). Kennzeichen dieses Verfahrens der Problemerkörterung ist die Verwendung vielseitiger, "überall annehmbarer Gesichtspunkte", (topoi), "die im Für und Wider des Meinungsmäßigen gebraucht werden und zum Wahren hinführen können (Viehweg, S. 24).

3) Vgl. die Zusammenstellung von Auslegungsgesichtspunkten bei Bartholomeyczik, S. 18 ff.; Coing, Auslegungsmethoden, S. 6 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 307 f.

die Frage nach dem Wortsinn zu stehen hat. Dabei ist nicht nur der allgemeine Sprachgebrauch zu berücksichtigen, sondern insbesondere, soweit feststellbar, derjenige des Gesetzes, der untersuchten Norm.

Allgemeiner und gesetzlicher Sprachgebrauch brauchen sich, wie auch der hier untersuchte Begriff des Kaufmanns zeigt, keineswegs zu decken. Während umgangssprachlich der Terminus "Kaufmann" für den Händler, d. h. den An- und Verkäufer von Waren steht, bestimmt das Gesetz in den §§ 1 ff., daß "Kaufmann" derjenige ist, der ein - näher definier-tes - Handelsgewerbe betreibt.

Das Gesetz legt für den Bereich des gesamten Handelsgesetzbuches den Begriff des Kaufmanns abschließend fest. Liest man § 1 Abs. 1 HGB im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 oder § 2 HGB, so besteht kein Zweifel, daß nur das Betreiben eines der in § 1 Abs. 2 HGB abschließend aufgezählten oder durch § 2 HGB gleichgestellten Handelsgewerbe zur Annahme der Kaufmannseigenschaft führen kann. Die Einbeziehung von Nichtkaufleuten, Unternehmen, die nach dem - noch zu ermittelnden - Sinn des Gesetzes erfolgen müßte, scheitert an der gesetzlichen Definition des Kaufmanns. Erkennt man an, daß der mögliche Wortsinn - neben seiner Eigenschaft als Ausgangspunkt der Sinnermittlung - auch die Grenzen der Auslegungstätigkeit absteckt¹⁾, so läßt sich eine Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute nicht mehr im Wege der Ausdeutung des Kaufmannsbegriffes erzielen, sondern nur durch Umdeutung, d. h. im Wege der Rechtsfortbildung.

e) Die Begrenzung einer extensiven Interpretation des Kaufmannsbegriffes durch den möglichen Wortsinn

Dieses Ergebnis läßt sich auch nicht im Wege der sogenannten weiten Auslegung, der extensiven Interpretation, korrigieren. Die Bedeutung dieses Auslegungsvorganges wird, wie Engisch nachgewiesen hat, nicht immer

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 309.
Unklar und mehrdeutig insoweit BGH FamRZ 1983, S. 22.

sorgfältig dargelegt¹⁾. Angesichts einer Formulierung wie: Ausdehnende Auslegung setze dort ein, "wo der Wortlaut des Gesetzes hinter seiner rechtspolitischen Zwecksetzung zurückbleibt"²⁾, oder: Bei der extensiven Auslegung versuche man, "der allgemeinen Bedeutung des betreffenden Rechtssatzes entnehmen zu können, daß er in weitem Umfang über einzelne Rechtsmaterien hinweg gilt"³⁾, könnte man allerdings meinen, daß unter diesem Auslegungsgesichtspunkt der mögliche Wortsinne nicht mehr die Grenze der Ausdeutung bildet.

Während bei Klug unklar bleibt, wie weit die ausdehnende Auslegung reichen soll, zeigen aber die von Bartholomeyczik zur Erläuterung angeführten Beispiele, daß dieser Versuch der Normdeutung sich lediglich die - vorhandene - Variabilität des möglichen Wortsinnes zunutze macht. "Weit" ist demnach eine solche Bedeutung, die im allgemeinen Sprachgebrauch nur manchmal mit gemeint ist, also am Randbereich liegt⁴⁾, vom normativen Gesetzeszweck noch gedeckt wird. Demnach kann mit einer extensiven Interpretation nur dort geholfen werden, wo der Wortlaut der Norm eine solche Ausdeutung zuläßt. Definiert aber das Gesetz abschließend und gewollt den Terminus, der der Auslegung zugeführt werden soll, so fehlt es gerade an dieser Variabilität des Wortsinnes. Würde man diesem Begriff eine andere Deutung beimessen als die gesetzlich vorgegebene, so wäre der Bereich der Auslegung überschritten, das Feld der Analogie oder der teleologischen Reduktion erreicht.

Als erstes Ergebnis ist daher festzuhalten, daß eine Einbeziehung von Nichtkaufleuten im Wege der Auslegung des Begriffes "Kaufmann" im Sinne von § 1 Abs. 1 HGB nicht möglich ist.

1) Vgl. seine Einführung, S. 100 ff. Gegen eine derartige Auslegungsweise grds. Savigny, S. 39 ff.

2) Bartholomeyczik, S. 75.

3) Klug, S. 154, unter Hinweis auf das sog. argumentum a generali sensu.

4) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 342; teilweise a.A. Engisch, Einführung, S. 100.

2. Die Ausdehnung des Normadressatenkreises mit Hilfe des Merkmals "Handelsgewerbe"

a) Der Begriff des Handelsgeschäftes als Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher Regelungen

Eine andere Möglichkeit, den Normadressatenkreis des HGB zu erweitern, ohne den Weg der Rechtsfindung secundum legem zu überschreiten, könnte darin bestehen, den Begriff des "Handelsgewerbes", wie er insbesondere in § 1 Abs. 1 und § 2 HGB Erwähnung findet, umfassender zu interpretieren. Wenn es der Norminhalt gestattet, sich von den Begriffen des "Handels" und des "Gewerbes", jedenfalls in deren engen Wortsinn, zu lösen, ohne eine Rechtsfindung contra legem zu betreiben, wäre es möglich, auch andere unternehmerisch tätige Personen als die Kaufleute zu Normsubjekten des Handelsgesetzbuches zu erklären.

Dieser Versuch der Auslegung muß jedoch im Ergebnis der Erfolg versagt bleiben.

Weniger schwer gegen eine solche Auslegung sprechen methodische Bedenken. Versucht man, den Begriff des Handelsgewerbes neu zu deuten, um den Normadressatenkreis erweitern zu können, so impliziert dieses Vorhaben die Annahme, daß der vom HGB erfaßte Bereich der Rechtssubjekte mit Hilfe des auszulegenden Begriffes näher bestimmt wird. Mit anderen Worten: Der Kaufmann im Sinne des HGB bestimmt sich nach Bedeutung und Tragweite des Terminus "Handelsgewerbe" und nicht etwa umgekehrt.

Hier stellt sich sogleich die Frage, ob die damit verbundene Ableitung des Kaufmannsbegriffes aus dem des Handelsgeschäftes mit der Methodik des HGB überhaupt in Einklang steht. Allgemein wird die Auffassung vertreten¹⁾, das HGB sei, anders als das AdHGB, am sog. subjektiven System orientiert. Darunter versteht man im Bereich des Handelsrechts den gesetzestechnischen Versuch, den Kreis der Normadressaten nicht nach der Art der betriebenen Geschäfte zu bestimmen (so verfuhr z. B. das AdHGB), sondern das Normsubjekt selbst näher zu bestimmen. Wenn die Gesetzesverfasser des HGB tatsächlich das subjektive System wählten, so wäre der Versuch, durch eine erweiternde Auslegung des Begriffs

1) Vgl. statt vieler Cierke/Sandrock, S. 19 f.

des Handelsgewerbes zu einem erweiterten Anwendungsbereich zu kommen, mit dem System des HGB nicht vereinbar.

b) "Kaufmann" oder "Handelsgeschäft" als Gegenstand der Normsetzung

Eine Untersuchung gerade der §§ 1 und 2 HGB zeigt jedoch, daß im Handelsgesetzbuch von 1896 das Konzept des AdHGB von 1861 nach wie vor fortlebt.

Letzteres definierte die Handelsgeschäfte und erklärte denjenigen zum Kaufmann, der sie gewerbsmäßig betrieb¹⁾. Diese Vorgehensweise war schon im vergangenen Jahrhundert umstritten; bei der Neukodifikation mußte sich der Gesetzgeber wieder die Frage vorlegen, ob - wie Goldschmidt²⁾ bereits 1857 formulierte - "man den Kaufmann aus dem Handelsgeschäft, oder den Begriff des Handelsgeschäfts aus dem des Kaufmanns abstrahieren soll". Im Gegensatz zum AdHGB scheint das HGB den letzteren Weg zu gehen, denn es definiert die kaufmännischen Unternehmen und erklärt die Rechtsgeschäfte des Kaufmanns zu Handelsgeschäften³⁾.

Dennoch ist die in § 2 HGB enthaltene Regelung, die scheinbar eine Lösung von der Anknüpfung an die einzelnen Handelsgeschäfte darstellt, nicht der Leitgedanke der Kodifikation. Dies wird in der Denkschrift⁴⁾ deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn es dort heißt, "die Erweiterung des Kaufmannsbegriffes wird hiernach als ein Bedürfnis anerkannt werden müssen. Sie lediglich durch eine Vermehrung der einzelnen Grundhandelsgeschäfte herbeizuführen, empfiehlt sich nicht. Vollständig würde eine Ergänzung der bisherigen Kasuistik doch nicht sein können ...".

Der Ansatzpunkt der Gesetzesverfasser blieb das einzelne Handelsgeschäft; der Betreiber eines solchen war Kaufmann. Da jedoch erkannt wurde, daß

1) Vgl. Art. 271 AdHGB.

2) Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten (1857), S. 11, zitiert nach Schmidt, Gegenwartsaufgaben, S. 13.

3) Vgl. Schmidt, Gegenwartsaufgaben, S. 14.

4) S. 194 f.

man alle denkbaren Arten der Handelsgeschäfte nicht aufzählen könnte, entwarf der Gesetzgeber in § 2 HGB eine Regelung, die es ihm ermöglichte, den Primärbegriff des Handelsgeschäfts aufrecht zu erhalten, ohne aber der Anerkennung neuer, zukünftiger Geschäftsarten den Weg zu versperren¹⁾. Die Einführung eines subjektiven Systems hätte es erforderlich gemacht, § 1 Abs. 1 HGB anders zu fassen. Solange "Kaufmann ... ist, wer ... betreibt", kann von einem eindeutig subjektiven System nicht gesprochen werden. Ein solches System wäre erst dann anzunehmen, wenn § 1 Abs. 1 lauten würde: "Handelsgewerbe sind diejenigen Gewerbe, die ein Kaufmann betreibt" und der in § 1 Abs. 2 HGB enthaltene Katalog entfallen würde.

c) Die gesetzliche Umschreibung des Handelsgewerbes als Hindernis für eine Ausweitung des Normadressatenkreises

Verbietet sich daher der Versuch nicht schon aus systematischen Gründen, so muß eine erweiternde Auslegung doch an der Eindeutigkeit des in § 1 Abs. 1 HGB erwähnten und in § 1 Abs. 2 HGB näher umschriebenen Begriffes des Handelsgewerbes scheitern.

Auch wenn der Gesetzgeber, wie später anhand einiger Beispiele noch zu zeigen sein wird, nicht allein den Inhaber eines Handelsgewerbes, sondern vielmehr jeden Unternehmer im Sinne hatte, als er insbesondere die Regelungen des Dritten Buches entwarf, so vermied er es dennoch in den §§ 1 ff., ein Recht der gewerblichen Wirtschaft schlechthin zu entwerfen²⁾. Ihm kam es darauf an, den Handel im klassischen Sinne, die fabrikmäßige Warenbearbeitung und andere, dem Warenhandel gleichgestellte Geschäfte zu regeln³⁾ und industrielle Produktion und Zweige der

1) Vgl. Denkschrift HGB, S. 8; Materialien HGB, S. 195.

2) Vgl. Krause, Unternehmer und Unternehmung, S. 124.

3) Vgl. die in § 1 Abs. 2 HGB enthaltene Aufzählung und die Begründung hierzu in der Denkschrift HGB, S. 5 f.; der Katalog zeigt auffallende Ähnlichkeit mit der Auflistung von Brinckmann (Lehrbuch des Handelsrechts, 1853 - 1860, S. 4).

Urproduktion miteinzubeziehen. Folgerichtig versteht man als Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB ausschließlich den Handel im wirtschaftlichen Sinne, d. h. Güterumsatz, sowie Herstellung von Gütern, und Teile der Urerzeugung¹⁾. Alle anderen Gewerbe, auch die sog. Freien Berufe, werden nicht erfaßt.

3. Zwischenergebnis

Faßt man die bisherigen Überlegungen zusammen, so ist festzustellen, daß im Wege der Auslegung, sei es des Kaufmannsbegriffes, sei es desjenigen des Handelsgewerbes, eine Einbeziehung von Rechtssubjekten, die wir als Nichtkaufleute bezeichnen wollen, nicht erzielt werden kann. Die Vorschriften des HGB, sofern sie die beiden Begriffe verwenden, beschränken sich insoweit in ihrem möglichen Wortsinn auf den durch die §§ 1 ff. abschließend festgelegten Adressatenkreis bzw. auf ein festgeschriebenes Bild vom Handelsgewerbe.

1) Vgl. Gierke/Sandrock, S. 2 f.

III. Die Einbeziehung von Nichtkaufleuten in den Normadressatenkreis handelsrechtlicher Vorschriften im Wege der Analogie

Aufgrund unserer Feststellung, daß die Einbeziehung von Nichtkaufleuten im Wege der Auslegung sowohl an der fehlenden Interpretationsmöglichkeit des Terminus "Kaufmann" scheitert, als auch daran, daß der Ausdeutung der Begriffes "Handelsgewerbe" Grenzen gesetzt sind, die es unmöglich machen, § 2 HGB als Grundentscheidung des Gesetzgebers anzusehen, stellt sich nun die Frage, ob im Wege der Analogie Vorschriften des HGB auf außerhandelsrechtliche Tatbestände, d. h. auf solche Sachverhalte, an denen zwar kein Kaufmann im Rechtssinn beteiligt ist, die aber eine Beurteilung unter Zugrundelegung handelsrechtlicher Vorschriften nahelegen, Anwendung finden können.

1. Kennzeichen und Voraussetzungen eines Analogieschlusses

Üblicherweise werden an die Zulässigkeit der analogen Anwendung einer Rechtsnorm auf einen durch sie nicht geregelten Sachverhalt drei grundlegende Anforderungen gestellt:

- Die gegebene, gesetzliche Regelung enthält keine Merkmale, die eine Übertragung der in ihr zum Ausdruck gebrachten Wertungen aus übergeordneten Gesichtspunkten ausschließen; die Norm trägt also keine Merkmale einer analogieunfähigen Ausnahmenvorschrift¹⁾;
- das Gesetz bzw. die Norm oder die Rechtsordnung enthält für den zu beurteilenden Tatbestand keine Regelung, offenbart also eine Lücke;
- der zu beurteilende Sachverhalt ist einem anderen, der eine gesetzliche Regelung erfahren hat, oder mehreren, untereinander selbst ähnlichen Sachverhalten, die sämtlich gesetzlich normiert sind, we- sensähnlich; die Ähnlichkeit ist von solcher Art, daß eine gleiche Bewertung aller Sachverhalte angezeigt ist.

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366 ff.; Reinicke JuS 1964, S. 421 f.

Die Übertragung der für einen Tatbestand gegebenen Regel auf einen anderen, ihm ähnlichen, d. h. wertungsmäßig gleich zu erachtenden bezeichnet man als "Gesetzes"- oder "Einzelanalogie"¹⁾; wird mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände die gleiche Rechtsfolge anknüpfen, ein "allgemeiner Rechtsgrundsatz" entnommen, der auf den im Gesetz nicht geregelten Tatbestand wertungsmäßig ebenso zutrifft, wie auf die geregelten Tatbestände, so spricht man von einer "Rechts"- oder "Gesamtanalogie"²⁾.

2. Der Ausnahmecharakter handelsrechtlicher Vorschriften als Hindernis für eine Analogie?

a) Vorbemerkung

Bevor im einzelnen die Voraussetzungen des Analogieschlusses selbst dargelegt werden, ist vorab zu klären, ob nicht selbst dann, wenn die Voraussetzungen der Analogie vorliegen, die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf nichthandelsrechtliche Tatbestände deshalb scheitern muß, weil das Handelsrecht zum Bürgerlichen Recht als im Verhältnis der Ausnahme zur Regel stehend angesehen wird. Anlaß zu dieser Überprüfung gibt die häufig zitierte Regel, wonach Ausnahmenvorschriften der analogen Anwendung nicht zugänglich seien (*singularia non sunt extendenda*)³⁾.

Dieser Grundsatz ist allerdings seit langem umstritten. So wird zum Teil festgestellt, keine Formel habe "soviel Unheil angerichtet", wie diese⁴⁾ oder sie wird als eine jener "juristischen Trägheitsformeln" bezeichnet, welche "durch gedankenloses Nachbeten nicht richtiger und durch den

1) Larenz, Methodenlehre, S. 368.

2) Larenz, a.a.O., S. 369; kritisch Canaris, Lücken, S. 97 ff.

3) Vgl. Busch, S. 13; Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 374; von Hahn, §§ 3 und 11 zu Art. 1 AdHGB.

4) Heck, AcP Bd. 112, S. 189.

Mangel einer Begründung noch keine Axiome werden"¹⁾. Diese Kritik hat allerdings die Rechtsprechung lange Zeit nicht gehindert, die analoge Rechtsanwendung immer wieder mit dem Argument für unzulässig zu erklären, es handele sich um eine analogieunfähige Ausnahmebestimmung²⁾. Auch im Schrifttum zu den §§ 25 und 28 sowie 343 und 382 HGB findet sich häufig der Hinweis, daß eine analoge Anwendung der jeweiligen Vorschriften auf Nichtkaufleute aufgrund des Ausnahmecharakters nicht möglich ist³⁾.

b) Differenzierung zwischen Ausnahme- und Sonderrecht

Bevor man sich Klarheit darüber verschaffen kann, ob dieser Satz zutrifft oder doch zumindest einen richtigen Kern beinhaltet, und welche Konsequenzen im Hinblick auf die Frage der Analogiefähigkeit des Handelsrechts gezogen werden müßte, bedarf der Begriff der Ausnahmevorschrift einer Erläuterung angesichts der Feststellung von Müller⁴⁾, die Frage, ob es sich überhaupt um eine Ausnahmevorschrift handele, setze bereits "eine mit allen verfügbaren Konkretisierungselementen erarbeitete Vorentscheidung darüber voraus, welcher normative Gehalt die Rechtsnorm als Ausnahmevorschrift kennzeichnen soll".

1) Bettermann, SJZ 1949, Sp. 468.

2) Vgl. RGZ 47, 360; 65, 362, 128, 102; 140, 239; 153, 23; BGHZ 2, 237, 244; 4, 219; 11, 135, 143; BSG NJW 1959, S. 168. Deutlich BGHZ 4, 222: "der Charakter als Ausnahmevorschrift verbietet es, sie (die Norm) auch nur in begrenztem Umfang auf solche (Tatbestände) anzuwenden, die eine gewisse Ähnlichkeit (mit dem geregelten Tatbestand) aufweisen."

3) Vgl. Staudinger-Nipperdey § 663 Rn. 5 oder Düringer-Hachenburg-Hoeningner § 377 Rn. 3; Schlegelberger-Hefermehl § 377 Rn. 10; Soergel-Siebert-Ballerstedt § 464 Rn. 2, die eine Rügepflicht des Nichtkaufmanns nur unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben konstruieren und damit konkludent eine Analogie ablehnen. Ausdrücklich gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung Goltermann, SJZ 1950, S. 343 (zu § 366 HGB): "schon die Tatsache, daß es sich um eine Sondervorschrift handelt, widerstrebt ihrer entsprechenden Anwendung auf ähnliche Rechtsverhältnisse".

4) Juristische Methodik, S. 164 f.

Als "Ausnahmerecht" (oder singulärem oder regelwidrigem Recht) bezeichnet man häufig "Rechtssätze, die ein allgemeines Rechtsprinzip für besonders geartete Fälle durchbrechen"¹⁾. Abgegrenzt wird dieser Begriff gegenüber dem des "Sonderrechts". Darunter versteht man Vorschriften, die für bestimmte Klassen von Personen, Sachen, Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen vom allgemeinen Recht abweichende Regeln aufstellen²⁾. Trotz dieser scharfen Grenzziehung wird aber die Möglichkeit eingeräumt, daß beide Bereiche sich überschneiden können, wenn das Sonderrecht zugleich ein allgemeines höheres Prinzip durchbreche; beispielsweise könne dies bei handelsrechtlichen Vorschriften der Fall sein³⁾, allerdings sei es im wesentlichen ein besonderes Recht für Kaufleute.

Diese Differenzierung läßt sich freilich nicht halten⁴⁾. Rechtssätze, die ein allgemeines Prinzip in besonders gelagerten Fällen durchbrechen, sind eben solche, die für besondere Klassen von Personen, Sachen, Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen ein von der allgemeinen Regel abweichendes Recht aufstellen⁵⁾. Kennzeichen der Norm ist immer, daß die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Klasse Element des Tatbestandes ist⁶⁾.

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 295; Pisko, S. 7 ff.. Dieser Formulierung liegt der Satz des Paulus (L 16 D de legibus 1,3) zugrunde, "ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est".

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 298; Pisko, S. 8, der aber terminologisch nicht zwischen ius singulare und Sonderrecht unterscheidet.

3) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.

4) Kritisch bereits Pisko, S. 8 mit Fn. 5.

5) Dressler, S. 65.

6) Man mag deshalb bei Ausnahme- wie bei Sonderrecht auch von dem Verhältnis Klasse zu Teilkasse sprechen (vgl. Heller, S. 89; Klug, S. 113; diesen folgend Dressler, S. 65) und feststellen, daß für eine bestimmte Teilkasse der Klasse eine Regelung getroffen wird, die von derjenigen für die Klasse abweicht (Klug, a.a.O.).

c) Analogiefähigkeit von Ausnahmenvorschriften im Rahmen ihres Normzwecks

Die heute überwiegende Meinung betont, daß der singuläre Rechtssatz zwar nicht zu einer allgemeinen Rechtsvorschrift erweitert werden darf, daß er aber innerhalb des engeren Prinzips, das ihm zugrunde liegt, eine Analogie zuläßt¹⁾. Eine eigenständige Bedeutung kommt aber einer solchen Regel nicht zu. Denn daß eine analoge Anwendung nur innerhalb des - engeren oder weiteren - Prinzips der jeweiligen Norm zulässig ist, folgt bereits aus dem Grundsatz, eine Differenzierung dann nicht vorzunehmen, wenn nach Sinn und Zweck der Norm eine gleiche Behandlung von geregelten und nicht geregelten Sachverhalten geboten ist. Die sorgfältige Ermittlung der Intentionen des Gesetzgebers bzw. der Norm vermeidet ohne Zuhilfenahme dieser Regel, ein gesetzliches Prinzip im Wege der Analogie dort zu einem allgemeinen zu erheben, wo richtigerweise eine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände angezeigt ist.

Die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Sachverhalte außerhalb des Handelsrechts verbietet sich demnach nicht schon deshalb, weil es sich bei dem Handelsrecht um ein analogieunfähiges Sonderrecht der Kaufleute handelt. Ob die jeweilige Norm des HGB das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Kaufmann" im Sinne der §§ 1 ff. zwingend verlangt,

1) Bender, JZ 1957, S. 595, 600; Bovensiepen, S. 135; Larenz, Methodenlehre, S. 344; Reinicke, NJW 1952, S. 1153; aus der Rspr. z. B. BGHZ 26, 78, 83.

Bovensiepen ist i.ü. der Meinung, daß bereits das römische Recht eine Analogie in den genannten Grenzen vorsah (unter Hinweis auf Paulus L 141 D de regulis iuris: "quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". A. A. wohl Savigny, S. 43).

Vom Standpunkt der juristischen Logik kritisiert Heller, S. 88 (ihm folgend Dressler, S. 67 f.; vgl. auch Klug, S. 113 f.) die überkommene Auffassung: der Satz, singuläre Vorschriften seien der Analogie nicht fähig, habe zwar einen richtigen Kern, sei im übrigen aber unzutreffend. "Erweist sich bei näherer Analyse, daß eine Ausnahmeregelung wirklich nur dann eingreifen kann, wenn der eigentliche Tatbestand der Ausnahmenorm vorliegt, so besteht im Rahmen dieser Norm zwischen Tatbestand und Rechtsfolge eine Replikationsbeziehung" (i.e.: nur wenn dieser Tatbestand, dann diese Rechtsfolge. Vgl. hierzu das von Dressler S. 68 gebildete Beispiel). "Ob dies aber der Fall ist, läßt sich nicht danach entscheiden, daß überhaupt eine allgemeine Norm durchbrochen wird." Die Schwierigkeit besteht darin, diese Replikationsbeziehung für eine konkrete Norm festzustellen.

kann erst durch eine Ergründung von Sinn und Zweck der Norm festgestellt werden. Einen solchen Zwang schon aus der Tatsache zu entnehmen, daß den Regelungen des HGB in den §§ 1 ff. eine Begriffsbestimmung des Kaufmanns vorangestellt ist, hieße, für jede Einzelnorm eine Replikation¹⁾ anzunehmen, deren Berechtigung aber nur anhand einer Überprüfung der speziellen Vorschriften nachgewiesen werden kann - ein Fall der *petitio principii*.

d) Die Analogiefähigkeit handelsrechtlicher Vorschriften in bezug auf bürgerlich-rechtliche Sachverhalte

Man könnte nun allerdings einwerfen, die Frage, ob handelsrechtliche Vorschriften wegen ihres Ausnahmeharakters auf nichthandelsrechtliche Tatbestände Anwendung finden dürfen, reiche über das Problem der Analogiefähigkeit von Sonderrechten hinaus, da es primär um die Zulässigkeit der Übertragung einer ganzen Kodifikation gehe. Die Behauptung, daß das Handelsrecht keine analoge Anwendung auf Nichthandelssachen zuläßt²⁾, ist jedoch nur ein Folgesatz des oben bereits widerlegten falschen Grundsatzes³⁾.

Die im Handelsrecht geregelten Tatbestände werden im wesentlichen auch von einer Vorschrift des Bürgerlichen Rechts erfaßt. Die dort angesprochene Regel wird vom Handelsrecht für den Fall durchbrochen, daß zu dem im Bürgerlichen Recht genannten Sachverhalt noch das Merkmal der Kaufmannseigenschaft einer oder mehrerer Personen oder der Handelsgeschäftseigenschaft einer Rechtshandlung hinzutritt⁴⁾. Gemäß Art. 2 EGHGB, wonach "in Handelssachen ... die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nur insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist", sind bei Vorliegen der besonderen Merkmale vorrangig die Bestimmungen des HGB anzuwenden. Damit wird deutlich, daß die Normen des HGB gegenüber

-
- 1) Unter einer Replikation versteht man den Aufbau eines Rechtssatzes nach dem Schema: "nur dann, wenn" ein bestimmter Fall vorliegt, soll die Rechtsfolge eintreten. Auf die genannten Bestimmungen bezogen wäre eine Replikation anzunehmen, wenn die Vorschriften zum Ausdruck bringen wollen, "nur wenn ein Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB beteiligt ist, dann ...". Üblicherweise sind Rechtssätze nach der "stets wenn - dann - Beziehung" aufgebaut (sog. extensive Implikation, vgl. dazu Heller, S. 26 u. 59).
 - 2) Vgl. Goldschmidt, Handbuch I, S. 373; von Hahn §§ 3 und 11 zu Art. 1 AdHGB.
 - 3) Vgl. Pisko, S. 7.
 - 4) Vgl. ebd., S. 9.

denen des BGB Sondervorschriften sind, formallogisch also im Verhältnis der Ausnahme zur Regel stehen. Der Charakter handelsrechtlicher Vorschriften als Ausnahmeregel ist bei zahlreichen Normen des Zweiten und Dritten Buches des HGB auf den ersten Blick sichtbar (vgl. nur §§ 105 Abs. 2, 348, 350 HGB).

Daneben gibt es aber auch, wie Raisch¹⁾ nachgewiesen hat, eine ganze Anzahl von Normen im Bereich des HGB, die zu Regelungen des BGB nicht einen Ausnahmecharakter einnehmen, sondern speziellere Regeln gegenüber den Grundnormen des Bürgerlichen Rechts darstellen. Soweit diese Normen nicht auch eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel des Bürgerlichen Rechts enthalten, können sie auf nichthandelsrechtliche Tatbestände Anwendung finden und damit zu einer Korrektur der von dem Gesetzgeber vorgenommenen unsachgemäßen Einordnung führen.

Soweit es sich um "wirkliche" Ausnahmenvorschriften handelt, ist eine Analogie stets dann zulässig, wenn das unterscheidende Tatbestandselement als rechtlich gleichgültig erkannt wird, und wenn die Zuordnung von Personen oder Rechtsgeschäften zu bestimmten Normen nicht das - zwingende - rechtspolitische Motiv der Vorschrift bildet²⁾.

Die Tatsache, daß es bei der analogiefähigen Norm um eine solche aus einer anderen Kodifikation handelt, ist also für die Zulässigkeit des Analogieschlusses nicht von Bedeutung.

1) Raisch, JuS 1967, S. 533, 536.

2) Vgl. Pisko, S. 11 f.; aufgrund eines solchen zwingenden Motives des Gesetzgebers, daß in den Ausschlußberatungen deutlich zum Ausdruck gebracht wurde, verbietet sich z. B. auch bei gleicher Sach- und Interessenlage die analoge Anwendung von § 38 Abs. 1 ZPO auf nicht-handelsrechtliche Tatbestände. Zu dieser Feststellung vgl. unten, S. 215 ff.

3. Die Voraussetzungen der Analogie im einzelnen

a) Die Lücke als Ausgangspunkt des Analogieschlusses

aa) Die Abhängigkeit der Analogie von der Lückenfeststellung

Das Erfordernis einer "Lücke" tritt in nahezu allen Begriffsbestimmungen des Analogieschlusses mehr oder weniger deutlich zu Tage. So nennt Larenz¹⁾ ausdrücklich die Analogie als eine Methode der Lückenausfüllung; die Formulierung von Bovensiepen²⁾, Analogie sei Anwendung eines Rechts-satzes, der für einen bestimmten Tatbestand aufgestellt ist, auf einen anderen, abweichenden Tatbestand, der mit dem ersten in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmt, läßt als unausgesprochene Voraussetzung das Vorliegen einer Lücke erkennen. Deutlich ausgesprochen wird die vorgängige Lückenfeststellung von Weigel³⁾, der die Feststellung eines gesetzlich nicht geregelten Falles fordert. Und schließlich heißt es bei Bartholomeyczik⁴⁾, der erste Schritt zur Analogie sei die Feststellung einer Gesetzeslücke. Die Unvollständigkeit des Rechts, sei es des Gesetzes bzw. einer speziellen Norm, sei es des Gewohnheitsrechts⁵⁾, soll mit Hilfe der analogen Rechtsanwendung überwunden werden. Die Analogie ist ein Mittel zur Lückenausfüllung; demzufolge ist das Bestehen einer Lücke Bedingung des Ähnlichkeitsschlusses⁶⁾.

1) Methodenlehre, S. 366 mit Fn. 29.

2) Bovensiepen, S. 133.

3) In Jherings Jahrbuch Bd. 88, S. 12.

4) Bartholomeyczik, S. 81.

5) Vgl. Engisch, FS Sauer, S. 85 ff.

6) Vgl. Dressler, S. 50. Abweichend Canaris, Lücken, S. 72; dieser geht davon aus, daß die Analogie als logisch-teleologisches Schlußverfahren nicht nur ein Mittel zur Ausfüllung von Gesetzeslücken darstellt, sondern auch bereits ihrer Feststellung dient. Da die Unvollständigkeit des Gesetzes mit dem Gleichheitssatz ermittelt werde, sei schon für die Frage der Lückenhaftigkeit die Rechtsähnlichkeit eines gesetzlich geregelten und eines nicht geregelten Falles maßgeblich. Mir scheint dies eine nur terminologische Abweichung zu sein. Versteht man unter "Analogie" nur die Ähnlichkeitsfeststellung, so hat Canaris sicher recht. Die Annahme einer Lücke setzt die durch Wertung gewonnene Erkenntnis der Unvollständigkeit voraus (unklar insoweit Canaris, a.a.O., S. 16 f.). Setzt man "Analogie" dagegen synonym für das Schlußverfahren als solches (so z.B. Enneccerus-Nipperdey, S. 339), so trifft die Feststellung von Canaris nicht zu.

Überträgt man diese Überlegungen auf das hier zu lösende Problem der entsprechenden Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Sachverhalte, an denen ein Kaufmann nicht beteiligt ist, so stellt sich angesichts der Tatsache, daß die nicht durch das HGB geregelten Fälle dem für jedermann geltenden Recht unterliegen, die Frage, ob ein Analogieschluß eine Lücke des BGB voraussetzt. Dies wird von Pisko¹⁾ ausdrücklich bejaht. Er meint aber, daß sich kaum eine Fallgestaltung finden lasse, die die Annahme einer "logischen" Lücke²⁾ im Bürgerlichen Recht nahelege, d. h. daß im Handelsrecht eine bestimmte Regelung getroffen sei, das Bürgerliche Recht aber für den gleichen Sachverhalt schweige. Vielmehr fänden sich im Bürgerlichen Recht ausschließlich Lücken im "rechtspolitischen Sinn"³⁾, die dadurch gekennzeichnet seien, daß das Bürgerliche Recht für einen im Handelsrecht geregelten Sachverhalt zwar eine Entscheidung ermögliche, diese aber den "Eigentümlichkeiten des zu entscheidenden Falles" nicht Rechnung trage und daher "rechtlich unbefriedigend" sei. Da aber bezüglich der Ausfüllbarkeit zwischen "logischen" und "rechtspolitischen" Lücken kein Unterschied bestehe, sei die analoge Anwendung handelsrechtlicher Normen auch bei derartigen "rechtspolitischen" Lücken des Bürgerlichen Rechts gerechtfertigt.

bb) Der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit als ungeeigneter Ersatz des Lückenbegriffes

Die von Pisko vorgenommene Unterscheidung zwischen Lücken im "logischen" und solchen im "rechtspolitischen" Sinn deutet darauf hin, daß der im Rahmen des Analogieschlußverfahrens verwendete Lückenbegriff nicht nur durch eine einzige Art der Lücke ausgefüllt werden kann, sondern daß zwischen verschiedenen Arten der Lücke unterschieden werden kann und muß.

1) Pisko, S. 34 ff.

2) Ebd.

3) Ebd., S. 35.

Die Auffassung von Pisko¹⁾, der Lückenbegriff sei in der Rechtswissenschaft nahezu restlos geklärt, läßt sich aber angesichts der Vielzahl der bis heute vorgeschlagenen Unterscheidungen kaum halten²⁾.

Bevor wir uns mit der Frage beschäftigen, welcher der zahlreichen Lückenbegriffe einem Analogieschluß zugrunde zu legen wäre, ist zunächst zu untersuchen, ob tatsächlich das Vorhandensein einer wie auch immer zu verstehenden Lücke Bedingung eines Ähnlichkeitsschlusses ist. Gegen die Annahme einer derartigen Voraussetzung sind insbesondere von Dressler³⁾ Bedenken erhoben worden. Dieser glaubt, auf den Nachweis einer Lücke verzichten zu können, sofern der - von ihm näher umrissene - Grundsatz der Widerspruchsfreiheit gewahrt ist. Dressler geht davon aus, daß der Lückenbegriff zwei Funktionen wahrnehmen soll: Zum einen soll er eine Abgrenzung gegenüber der Rechtsanwendung "secundum legem" gewährleisten⁴⁾, also klarstellen, "wo die unmittelbare Anwendung des Gesetzes endet und deshalb die Rechtsanwendung 'praeter legem' beginnen kann"⁵⁾. Zum anderen soll der Lückenbegriff die Grenzziehung zur unzulässigen Rechtsfindung "contra legem" ermöglichen⁶⁾. Dressler meint nun, "daß die Aufgaben, die der Lückenbegriff erfüllen soll, zumindest im Zivilrechtsbereich durch die Beachtung des für jede Rechtsanwendung verbindlichen Prinzips der Widerspruchsfreiheit hinlänglich wahrgenommen werden"⁷⁾. Verstoße die analoge Anwendung einer Norm nicht gegen die Wertung einer anderen Vorschrift, die den betreffenden Sachverhalt ausdrücklich anders regelt, oder gegen eine im Gesetz zum Ausdruck gebrachte allgemeine Wertentscheidung, so halte sie sich innerhalb der zulässigen Grenzen⁸⁾. Damit sei der ersten Funktion des Lückenbegriffes

1) im Vorwort seiner Schrift

2) Eine Zusammenstellung und eingehende Behandlung der Einteilungskriterien findet sich bei Canaris, Lücken, S. 129 ff. und Klug, FS Nipperdey, S. 71 ff. Vgl. auch Fikentscher, Methoden, Bd. III, S. 719 H, und Larenz, Methodenlehre, S. 354 ff.

3) S. 55 ff.

4) S. 58.

5) S. 57.

6) S. 59 f.

7) S. 60.

8) S. 59 unter Hinweis auf Engisch, Wahrheit, S. 21.

Genüge getan. Die zweite Funktion werde schon dadurch erfüllt, daß die Analogie nur auf das Gesetz selbst gestützt werden darf; indem ein Ähnlichkeitsschluß nur bei positiv festgestellter Gleichwertigkeit zwischen dem gesetzlichen Tatbestand und dem zu entscheidenden Sachverhalt gestattet sei, werde die erforderliche Bindung an das Gesetz gewährleistet¹⁾.

Dressler sieht seine Auffassung durch die Behandlung der Frage einer entsprechenden Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute in der gerichtlichen Praxis bestätigt. In der Tat prüft der Bundesgerichtshof beispielsweise in der zu § 366 HGB ergangenen Entscheidung BGHZ 2, 37 nicht ausdrücklich das Bestehen einer Lücke²⁾. Allerdings dürfte der von Dressler daraus hergeleitete Verzicht auf die Lückenfeststellung nicht zutreffen. Der Bundesgerichtshof beurteilt die - von Dressler so bezeichnete - Widerspruchsfreiheit ja erst, nachdem er - gedanklich - festgestellt hat, daß eine Norm, die den zu überprüfenden Sachverhalt einer sachgerechten Entscheidung zuführen könnte, fehlt. Im Anschluß an diese - wertende - Bestandsaufnahme, die die Annahme einer Lücke des BGB miteinschließt, sucht der BGH nach einer Rechtsnorm, die ausdrücklich einen ähnlich gelagerten Fall regelt.

Auch im übrigen fordert der Gedanke von Dressler zur Kritik heraus. Zunächst räumt der Autor ein, daß das Prinzip der Widerspruchsfreiheit die Aufgabe des Lückenbegriffs im wesentlichen nur im Bereich des Zivilrechts übernehmen könne. Ordnet man die Problematik des Ähnlichkeitsschlusses richtigerweise in die allgemeine juristische Methodenlehre ein - denn die Analogie ist keine Spezialität der Zivilrechtswissenschaft³⁾, so wird deutlich, wie wenig hilfreich ein Kriterium ist, das nur einen Teil des möglichen Anwendungsbereiches erfassen kann⁴⁾. Darüber hinaus

1) S. 59.

2) Dressler seinerseits nennt als Beispiel die zu § 142 HGB ergangene Entscheidung BGHZ 32, 307, insbes. 314 ff.

3) Vgl. beispielsweise den in BGHSt 2, 194 ff. vorgenommenen Analogieschluß im Bereich des Strafrechts.

4) Dressler befindet sich damit auch in einem merkwürdigen Widerspruch zu der ansonsten in seinen methodischen Darlegungen verfolgten Absicht, allgemeine Richtlinien für das Ähnlichkeitsurteil beim Analogieschluß zu entwickeln.

vermag das Prinzip der Widerspruchsfreiheit nicht die Unterschiede zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu kennzeichnen. Angesichts der Bestimmung des § 1 StGB¹⁾ kann die Auffassung von Dressler, die Trennungslinie zwischen Auslegung einer Bestimmung und ihrer entsprechenden Anwendung sei im wesentlichen bedeutungslos²⁾, in keiner Weise überzeugen.

Entscheidend gegen die Konzeption spricht jedoch die Tatsache, daß Dressler in Wahrheit das Vorhandensein einer Lücke - wie auch immer man sie klassifizieren mag - voraussetzt. Dort, wo ein Regelungsbereich vollständig ist, besteht gar kein Anlaß, über die Widerspruchsfreiheit einer Norm nachzudenken. Ob eine Vorschrift auf einen Sachverhalt, für den sie primär nicht bestimmt ist, Anwendung finden kann, steht erst dann zur Prüfung an, wenn sich eine unmittelbar anwendbare Norm nicht finden läßt. Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit kann nur dazu dienen, eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob das Fehlen der gesuchten Norm gesetzgeberische Absicht ist oder auf einer unbeabsichtigten Unvollständigkeit beruht.

Der Begriff der Lücke ist daher beizubehalten.

cc) Begriffsbestimmung der Lücke

Eine einheitliche Terminologie der "Lücke" findet sich, wie bereits erwähnt, nicht. Es würde zuweit führen, alle Einteilungsversuche, die bisher vorgeschlagen wurden, auf ihre Brauchbarkeit hin zu untersuchen³⁾. Einer Erörterung bedürfen aber wohl die von Burckhardt⁴⁾ und Zitel-

1) "Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde."

2) S. 59; vgl. auch Esser, Vorverständnis, S. 177 und Mennicken, S. 101.

3) Eingehend zu den verschiedenen Einteilungsversuchen neben den bereits Genannten Dressler, S. 50 ff.

4) S. 260 ff.

mann¹⁾ vorgeschlagenen Lösungen. Beide nehmen eine Einteilung in "echte" bzw. "eigentliche" und "unechte" oder "uneigentliche" Lücken vor. Eine "unechte" Lücke besteht nach diesen Auffassungen dort, wo das Gesetz für einen besonderen Sachverhalt eine Bestimmung nicht enthalte, die es gerechterweise enthalten sollte und deshalb vermißt werde²⁾. Von einer echten Lücke könne man dort sprechen, wo das Gesetz keine Antwort auf eine Frage gebe, die der Richter wegen des Verbotes der Rechtsverweigerung aber beantworten müsse³⁾. Die Frage, ob diese Lücken durch den Richter ausgefüllt werden dürfen, wird von beiden unterschiedlich beantwortet. Burckhardt⁴⁾ meint, nur die "echten" Lücken seien einer Ausfüllung zugänglich; die analoge Anwendung einer Norm im Bereich der "unechten" Lücken führe zu einer unzulässigen Korrektur des Gesetzes. Zitelmann⁵⁾ vertritt demgegenüber die Auffassung, bei "echten" Lücken sei der Richter zur Ausfüllung verpflichtet, zur Ausfüllung "unechter" Lücken sei er dagegen nur berechtigt.

Gegen diese Einteilungsversuche sind von Canaris⁶⁾ und Larenz⁷⁾ zu Recht erhebliche Bedenken geltend gemacht worden. Die Trennung zwischen "echten" und "unechten" Lücken verdunkelt die Grenzen zur Rechtsfindung contra legem. Ihr fehlt die scharfe terminologische Abgrenzung zwischen "Lücke" des Gesetzes einerseits und "Fehler" andererseits. Ansatzpunkt für ein Urteil darüber, ob der Rechtsanwendende eine Unvollständigkeit des Gesetzes beheben darf, ist die Feststellung, inwieweit vom Standpunkt des Gesetzes selbst, aus der diesem zugrunde liegenden Regelungsabsicht, dem mit ihm verfolgten Zweck, dem "gesetzgeberischen Plan", eine Lücke vorliegt⁸⁾.

1) S. 27 ff.

2) Burckhardt, S. 261; Zitelmann, S. 27.

3) Burckhardt, S. 261; Zitelmann, S. 27.

4) S. 260; ebenso Nawiasky, S. 142.

5) S. 27.

6) Lücken, S. 129 ff.

7) Methodenlehre, S. 356 ff.

8) Larenz, Methodenlehre, S. 358.

Als Gesetzeslücke bezeichnen wir die Fälle einer "planwidrigen Unvollständigkeit" des Gesetzes¹⁾. Von einem "Fehler" kann dann gesprochen werden, wenn das Gesetz in rechtspolitischer Sicht unvollständig ist, d. h. wenn die Unvollständigkeit mittels eines durch soziale und wirtschaftliche Verhältnisse begründeten Maßstabes, der nicht mehr in dem Gesetz selbst gelegt ist, festgestellt wird²⁾. Von einer Lücke, einer planwidrigen Unvollständigkeit der hier zur Untersuchung anstehenden Vorschriften des HGB können wir also nur dann sprechen, wenn die Beschränkung des Normadressatenkreises auf den Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB der Regelungsabsicht, dem Plan des Gesetzes, zuwider läuft. Eine solche Feststellung läßt sich dann treffen, wenn man bei der näheren Untersuchung einzelner Vorschriften zu dem Ergebnis kommen würde, daß der gesetzlichen Wertung nicht der näher gekennzeichnete Kaufmannsbegriff zugrunde liegt, sondern ein anderer, beispielsweise der des Unternehmers oder des geschäftlich Tätigen überhaupt.

Eine Überprüfung der Regelungsabsicht könnte allerdings auch zu dem Ergebnis führen, daß der Normanwendungsbereich zu weit gefaßt ist, das Gesetz also insoweit eine Lücke aufweist, als es eine erforderliche Differenzierung, die man nach dem Gesetzeszweck erwarten müßte, nicht enthält³⁾. Die Feststellung einer Lücke allein führt uns daher noch nicht zwingend zu einer Ausfüllung mittels eines Ähnlichkeitsschlusses. Vielmehr ist zu unterscheiden⁴⁾: Enthält das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel, die auf sie anwendbar wäre, obwohl es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte, liegt eine offene "Lücke" vor, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann⁵⁾.

1) So zuerst Elze, S. 3 ff.; vgl. Canaris, Lücken, S. 31 ff.; Engisch, Einführung, S. 138 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 358.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 358 f.

3) Einen solchen Fall sieht beispielsweise Raisch (Geschichtliche Voraussetzungen, S. 260 ff.) hinsichtlich der Vorschrift des § 366 HGB als gegeben. Er vertritt, worauf später noch einzugehen ist, die Auffassung, daß die Norm nach Sinn und Zweck auf Veräußerungsgeschäfte berufsmäßiger Kommissionäre hätte beschränkt werden müssen.

4) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 362 f.

5) Vgl. Larenz, a.a.O., S. 362, 366 ff.

Im umgekehrten Falle, d.h. dann, wenn das Gesetz zwar eine auch auf Fälle dieser Art anwendbare Regel enthält, die aber ihrem Sinn und Zweck nach auf diese bestimmte Gruppe von Fällen nicht paßt, liegt eine "verdeckte" Lücke vor¹⁾, die im Wege der teleologischen Reduktion der Norm ausgefüllt wird²⁾.

Bei der Überprüfung von Gesetzesmaterialien im Zusammenhang mit der Ergründung der Teleologie einer Norm wird man möglicherweise die Feststellung machen, daß bei Inkrafttreten des Gesetzes eine Lücke noch nicht vorhanden war, sie vielmehr erst später aufgrund einer Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten oder auch der der Rechtsordnung immanenten Wertungen entstanden ist. So wäre beispielsweise zu erwägen, ob die Ausklammerung der sogenannten Freien Berufe aus dem Bereich des HGB im Hinblick auf die fehlende gewerbliche Betätigung angesichts eines zu verzeichnenden Wandels in der Einstellung gegenüber diesen Berufssparten nicht im nachhinein zu einer Lücke geführt hat³⁾. Demgemäß kann eine weitere Unterscheidung zwischen "anfänglichen" und "nachträglichen" Lücken vorgenommen werden⁴⁾. Schließlich kann man noch danach unterscheiden, ob die anfängliche Lücke dem Gesetzgeber bewußt war oder aber unbewußt geblieben ist⁵⁾.

dd) Eine offene Lücke im Handelsgesetzbuch als Voraussetzung der Analogie

Mittels eines derart näher bestimmten Lückenbegriffes läßt sich die von Pisko aufgeworfene und bejahte, zu Beginn dieses Abschnitts erwähnte

-
- 1) Vgl. Canaris, Lücken, S. 137.
 - 2) Vgl. Canaris, a.a.O., S. 141 mit abweichender Terminologie. "Offene" und "verdeckte" Lücken faßt er unter dem Begriff der "teleologischen Lücken" zusammen, da er die Arten der Lücken nach dem Maßstab ihrer Feststellung unterscheidet.
 - 3) Zu dem Problemkreis "Freie Berufe und Handelsrecht" s. insbesondere Müller, Einbeziehung der Freien Berufe in das Handelsrecht.
 - 4) Vgl. Heck, AcP 112, S. 1, 168; auch Engisch, Rechtslücke, S. 90.
 - 5) Larenz, Methodenlehre, S. 363 f.; Sauer, S. 285 f.

Frage, ob die analoge Anwendung einer handelsrechtlichen Vorschrift auf einen außerhandelsrechtlichen Tatbestand eine Lücke des Bürgerlichen Gesetzbuches voraussetzt, eindeutig verneinen. Versteht man als Lücke eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, so ist zu überprüfen, ob der gewählte Adressatenkreis des HGB, insbesondere derjenige der §§ 25, 28, 343 bis 382, mit der Regelungsabsicht dieser Normen übereinstimmt. Voraussetzung einer Analogie ist folglich die Feststellung einer offenen Lücke im HGB.

ee) Die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff als Merkmal der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes

Hier muß jedoch noch der Frage nachgegangen werden, ob es überhaupt denkbar ist, daß das HGB eine Lücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit, aufweisen kann. Immerhin ist zu bedenken, daß das Bürgerliche Recht für Sachverhalte, an denen ein Kaufmann nicht beteiligt ist, eine Regelung enthält.

Es genügt nicht, eine Lücke des HGB dadurch konstruieren zu wollen, daß man auf die Unterschiedlichkeit der Regelungen im Bürgerlichen und im Handelsrecht abstellt. Deshalb kann der Auffassung von Canaris¹⁾ insoweit nicht gefolgt werden. Canaris meint²⁾, die Annahme einer Lücke könne nicht daran scheitern, daß das Gesetz für den zu entscheidenden Sachverhalt anderweitig Normen bereithält, die an sich einschlägig sind, Wenn die eine Norm für den von ihr geregelten Tatbestand ungleich strengere Maßstäbe fordere als die andere (allgemeinere) Norm für den ihren, so sei nicht einzusehen, warum der von der allgemeinen Norm erfaßte, gleichgelagerte Sachverhalt nicht auch von der strengeren Norm geregelt werde.

Mit der Feststellung einer Lücke hat diese Argumentation wenig zu tun. Ganz deutlich werden Billigkeitsargumente in den Vordergrund geschoben.

1) In: SAE 1971, S. 111, im Anschluß an BAG SAE 1971, S. 106, insbesondere S. 109.

2) Unter Billigung der Entscheidung des BAG.

Zu recht hat dann auch Larenz¹⁾ festgestellt, daß die von der Rechtsprechung vorgenommene und von Canaris gebilligte "Lückenausfüllung" angesichts des Vorhandenseins einer ausdrücklichen Regelung als Ausgleich eines Wertungswiderspruches im Wege einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung anzusehen ist.

Angesichts der Tatsache, daß den meisten Normen des Handelsrechts Vorschriften des Bürgerlichen Rechts für gleichgelagerte Sachverhalte gegenüberstehen, kann von einer offenen Regelungslücke, die den Weg der Analogie (und nicht lediglich den der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung) eröffnet, nur dann gesprochen werden, wenn sich der Nachweis führen läßt, daß das HGB für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre, obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte²⁾. Das HGB knüpft hinsichtlich seines Normadressatenkreises an den in den §§ 1 ff. näher definierten Kaufmannsbegriff an. Die im übernächsten Abschnitt dieser Arbeit vorzunehmende Untersuchung einzelner Normen wird aber zeigen, daß bei zahlreichen Vorschriften nicht der Kaufmann im Sinne des HGB im Mittelpunkt der Regelung steht bzw. stehen soll, sondern nach Sinn und Zweck der Norm der Unternehmer Adressat des Normbefehls ist. Da jedoch ausschließlich der Kaufmann angesprochen wird, zeigt das Gesetz eine - offene - Lücke³⁾.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 365 f., ohne sich aber mit der Ansicht von Canaris zu befassen.

2) Vgl. Larenz, a.a.O., S. 362.

3) Die Planwidrigkeit der Unvollständigkeit hat Dernburg (S. 15) in Zweifel gezogen und die analoge Anwendung abgelehnt, "denn deren Hauptstütze ist die Annahme, daß ein Gesetzbuch schlechthin vollständig sein will. ... Das Handelsgesetzbuch ist nun aber bewußt und absichtlich unvollständig, eine analoge Anwendung seiner Bestimmungen also nur zulässig, wo ganz besondere Gründe für dieselbe sprechen." Diese Auffassung ist nicht haltbar. Dernburg übersieht - worauf Goldschmidt (in der Besprechung von Dernburgs Schrift in ZHR, Bd. 36, S. 319) zutreffend hinweist -, daß auch das HGB für seinen Bereich, d.h. für die von ihm normierten Verhältnisse des Handels, in der Regel vollständig sein will. Zudem läßt er außer acht, daß kein Gesetz "dem Ideal erschöpfender Regelung aller einem gewissen Prinzip zu unterstellenden Tatbestände vollständig nachzukommen vermag" (Goldschmidt, a.a.O.). Für den Analogieschluß muß es genügen, daß dem Gesetz ein Prinzip zu entnehmen ist, auch wenn es nur für einige wenige, vielleicht besonders häufige oder hervorstechende Tatbestände entwickelt wurde.

b) Die Abhängigkeit der Analogie von der Ähnlichkeit der Tatbestände

aa) Das Ähnlichkeitsurteil und seine Verifizierbarkeit im Rahmen der Einzelanalogie handelsrechtlicher Vorschriften

Wir haben oben¹⁾ die Analogie, speziell die Gesetzesanalogie, gekennzeichnet als die Anwendung eines Rechtssatzes, der für einen bestimmten Tatbestand aufgestellt ist, auf einen abweichenden Tatbestand, der mit dem ersten in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmt. Entscheidende Bedeutung wird dabei der Übereinstimmung in den wesentlichen Beziehungen, der "Ähnlichkeit" der Tatbestände²⁾, beigemessen. Daher wird teilweise synonym zum Begriff der Analogie auch der Terminus "argumentum a simili" verwendet³⁾ oder die Analogie als ein "Schluß a similibus ad similia" bezeichnet⁴⁾. Pisko⁵⁾, der den Analogieschluß gerade unter dem Aspekt des Verhältnisses zwischen Handelsrecht und Bürgerlichem Recht betrachtet, macht die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Tatbestände außerhalb des Handelsrechts davon abhängig, "daß ein Tatbestand ... als dem der handelsrechtlichen Vorschrift rechtsähnlich betrachtet werden muß".

Diese mehr oder weniger deutliche Betonung des Begriffes der Ähnlichkeit veranlaßt Engisch⁶⁾ zu der Feststellung, bei der analogen Rechtsanwendung werde "der vieldeutige Begriff der Ähnlichkeit zum Angelpunkt des Schließens".

Eine exakte Bestimmung dessen, was im Einzelfall als ähnlich anzusehen ist, bereitet einige Schwierigkeiten. Zum Teil wird versucht, mit Hilfe der kalkülierten Logik die Bestimmung der Ähnlichkeit zu ermöglichen⁷⁾.

1) Siehe S. 29.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 366, auch Bartholomeyczik, S. 81.

3) Vgl. etwa Klug, S. 109.

4) Kaufmann, S. 27.

5) S. 25.

6) Einführung, S. 147.

7) So vor allem Heller, S. 34 ff.

Heller schlägt vor¹⁾, einen Ähnlichkeitskreis zu bilden aus den Fällen x, y, z, ... n, d. h. Fällen, die "untereinander in der Relation 'nahezu der - gleiche - Sachverhalt - sein' stehen, ohne daß ein einziger Fall außerhalb dieses Kreises gelassen würde, von dem gesagt werden könnte, er betreffe nahezu den gleichen Sachverhalt wie alle Fälle innerhalb des Kreises". Die in den Ähnlichkeitskreis aufgenommenen oder aufzunehmenden Fälle sind gleich zu behandeln. Mit diesem Vorschlag wird jedoch kein Anhaltspunkt für eine logisch-bündige Begründung der Ähnlichkeit geliefert. Denn der "Ähnlichkeitskreis" läßt sich erst dann definieren, wenn zuvor die Zugehörigkeit der Fälle dargelegt ist²⁾. Wie man zu dem Urteil gelangen soll, der Sachverhalt x sei mit dem Sachverhalt y nahezu gleich, bleibt offen.

Auch die Versuche, durch Bestimmung verschiedener Ähnlichkeitsgrade eine genauere Einstufung zu erreichen³⁾, führen nicht zum Ziel. Der Fehler dieses Schlußverfahrens⁴⁾ beruht auf der Mehrdeutigkeit des in diesen Schlußverfahren vorkommenden Begriffes⁵⁾.

Die juristische Analogie stellt einen Vorgang wertenden Denkens dar, nicht lediglich eine formal-logische Gedankenoperation⁶⁾. Dem Problem der Ähnlichkeit kann man logisch-abstrakt nicht beikommen. Das entscheidende Analogiemerkmal, die Wesensübereinstimmung zweier Sachverhalte, läßt sich immer nur durch Ergründung ihrer konkreten Wesensmerkmale und deren konkrete Messung ermitteln; es entzieht sich einer rein logischen, allgemein gültigen Feststellung⁷⁾.

Auch die Aufschlüsselung der Analogie in einen Induktions- und Deduktionsschluß führt nicht zu einer logischen Exaktheit⁸⁾. Der aus einem

1) S. 37.

2) Vgl. Dressler, S. 33.

3) Insbesondere Erdmann, S. 208 ff.

4) Dieses Schema des Analogieschlusses kann folgendermaßen gekennzeichnet werden:
Obersatz: M ist P
Untersatz: S ist M ähnlich
Schlußsatz: S wird P sein (vgl. Klug, S. 121).

5) Klug, a.a.O.

6) Larenz, Methodenlehre, S. 367.

7) Sax, S. 132.

8) Vgl. zu diesem Verfahren besonders Bartholomeyczik, S. 83 ff.

besonderen Tatbestand ermittelte allgemeine Obersatz muß nicht logisch zwingend auf andere Untersätze, die dem zur Ermittlung des Obersatzes herangezogenen ähnlich sind, angewendet werden. Klug¹⁾ hat deshalb versucht, durch Veränderung der Prämissen des herkömmlichen Analogieschlusses und der Einführung im voraus definierter "Ähnlichkeitskreise"²⁾ das Schlußschema in einen einfachen Deduktionsschluß zu transformieren. Doch auch er muß anerkennen, daß letztlich teleologische Kriterien entscheidend sind für das "Wagnis" des juristischen Analogieschlusses, d.h. das Wagnis des Ähnlichkeitsurteils³⁾.

Kennzeichen des juristischen Schlußverfahrens der Analogie ist die Prämisse, "daß das, was in den 'wesentlichen Beziehungen übereinstimmt', auch gleich zu behandeln ist"⁴⁾, sie bildet den Obersatz des Schlußverfahrens; die Prüfung, ob die Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind, schließt sich erst an diese Feststellung an. Die Herausarbeitung der Prämisse wie das sich anschließende Ähnlichkeitsurteil entzieht sich der Beantwortung durch die logische Analyse.

Überträgt man diese Feststellungen in den Bereich der juristischen Analogie, so läßt sich das bisherige Ergebnis etwa folgendermaßen zusammenfassen:

Ähnliche Sachverhalte lösen die gleiche Rechtsfolge aus.

Dieser Satz ist allerdings noch sehr unbestimmt, er würde es auch ermöglichen, eine Korrektur des Gesetzes vorzunehmen. Es ist daher angezeigt, die Analogie an festumrissene Voraussetzungen zu binden. Dies läßt sich vielleicht dadurch erzielen, daß man versucht, die Zulässigkeit der Ana-

1) S. 131 ff.

2) Vgl. Klug, S. 82, 133.

3) Engisch, Einführung, S. 147, Fn. 166 c.

4) Engisch, a.a.O., ähnlich Dressler, S. 37; Larenz, Methodenlehre, S. 366. Es ist der Kritik von Evans-van Krbek (S. 73 mit Fn. 396) zuzugeben, daß der Begriff des "Wesentlichen" eine gewisse Vagheit in sich hat. Es besteht aber kein Zweifel, daß sich hinter dem Begriff der Gedanke verbirgt, wesentlich sei dasjenige, was wertungsmäßig derart bedeutsam ist, daß eine rechtliche Gleichbehandlung geboten ist. Zum Wesensargument allgemein Scheuerle, AcP Bd. 163, S. 429 ff., insbes. S. 444 - 446.

logie auf ein in der Rechtsordnung verankertes Prinzip zurückzuführen.

Im Schrifttum findet sich meistens der Hinweis, daß die Gerechtigkeit und der ihr entnommene Gleichheitsgrundsatz gebieten, das, was in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmt, auch gleich zu behandeln¹⁾. Indes ist dieser Erklärungsversuch wenig hilfreich, denn er kann feste Maßstäbe für das Ähnlichkeitsurteil nicht liefern.

Eine Lösungsmöglichkeit bietet aber meines Erachtens der von Sax²⁾ gewählte Ansatz. Sax unterstellt zunächst, daß das Gebot der Gerechtigkeit, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, nicht diejenige Prämisse ist, die den Ähnlichkeitsschluß erlaubt. Sax geht zwar nicht soweit, von dem Gebot der Gerechtigkeit als einer bloß "formalen Kategorie" zu sprechen³⁾, meint aber, daß dieses Gebot wegen seines Charakters als umfassendes Rechtsregulativ zu allgemein ist, als daß es für die Frage des Ähnlichkeitsurteils brauchbare Ergebnisse hergäbe.

Den entscheidenden Grundsatz sieht Sax darin⁴⁾, "daß die Einfügbare auch der zuzuordnenden Größe in die vom Gesetz verkörperte Zweckrichtung ihre rechtliche Gleichbehandlung mit der Zuordnungsgröße nach sich zieht". Demnach ist die zuzuordnende Größe "der Zuordnungsgröße dann rechtsähnlich, wenn sie sich in die Zweckrichtung einfügt, die der Rechtssatz in Ansehung der in ihm enthaltenen Zuordnungsgröße des rechtlich geregelten Falles verkörpert⁵⁾".

Ob es (Sax) damit gelungen ist, den Ähnlichkeitsschluß ohne Rückgriff auf das Gebot der Gerechtigkeit zu begründen, dürfte zweifelhaft sein. Unklar bleibt auch nach der von Sax gelieferten Definition, wieso die Einfügbare des nicht geregelten Tatbestandes in die aus der Norm zu

1) Canaris, Lücken, S. 25; Engisch, Einführung, S. 147, Fn. 166c; Heller, S. 83, 110, 118; Larenz, Methodenlehre, S. 366.

2) S. 141 ff.

3) In diese Richtung tendiert Radbruch, vgl. dessen "Vorschule der Rechtsphilosophie", 2. Aufl., Göttingen 1959, S. 26.

4) S. 147.

5) Sax, a.a.O.

entnehmende Zweckrichtung die rechtliche Gleichbehandlung erzwingt. Gerade dieses sollte ja geklärt werden. Sax muß letztendlich ebenfalls auf das Gebot der Gerechtigkeit und das daraus abzuleitende Postulat der Gleichbehandlung gleichartiger, wesensähnlicher Sachverhalte zurückgreifen. Dieser Grundsatz allein ermöglicht eine Wertentscheidung über das prinzipielle "ob" der Gleichbehandlung, über das "Sollen" unabhängig von einem konkreten Fall. Dagegen ist der von Sax entwickelte Grundsatz geeignet, in dem speziellen Einzelfall eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob der konkrete, nicht geregelte Sachverhalt mit einem solchen Sachverhalt, der eine gesetzliche Normierung erfahren hat, derart übereinstimmt, daß aus der Ähnlichkeit auf die Gleichheit der Rechtsfolge geschlossen werden darf. Dies ist dann der Fall, wenn die Zweckrichtung, die Teleologie des Gesetzes auch den nicht geregelten Sachverhalt erfaßt. Die für den Analogieschluß notwendige Ähnlichkeit ist also immer dann gegeben, wenn der Normzweck die Einbeziehung des nicht geregelten Tatbestandes verlangt.

Bezieht man diesen Grundsatz auf die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen zur Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften auf Tatbestände außerhalb des Handelsrechts ein, so ist festzustellen, daß eine analoge Anwendung von Normen des HGB auf Sachverhalte, an denen ein Kaufmann nicht beteiligt ist, aus der Sicht des HGB immer dann zulässig ist, wenn nach Sinn und Zweck der Norm¹⁾ eine Differenzierung zwischen dem handelsrechtlichen und dem außerhandelsrechtlichen Tatbestand nicht angezeigt ist.

1) Diese stereotype Wendung, die sich immer wieder in Literatur und Rechtsprechung findet, bringt zum Ausdruck, daß der - vom Gesetzgeber gemeinte oder als maßgeblich zu erachtende - Sinn einer Norm sich nur dann dem Verständnis voll erschließt, wenn man sie im Sinnzusammenhang der Regelung, der sie zugeordnet ist, versteht. Es ist also erforderlich, sich die "Intentionen" des Gesetzes, d. h. Zwecke, gewünschte Wirkungen, auch ein mögliches Rangverhältnis der Zwecke untereinander, bewußt zu machen. (vgl. Larenz, FS Wieacker, S. 417).

Bereits im Jahre 1912 hat Otto Schreiber¹⁾ versucht, den Nachweis zu führen, daß einzelne Regelungen des HGB nicht aus Gründen materieller Zugehörigkeit zur Größenordnung "Handelsrecht", sondern wegen ihres hauptsächlichen Vorkommens im Handelsverkehr in die Handelsrechtskodifikation aufgenommen worden seien²⁾. Diese Rechtsätze seien der Sache nach der Größenordnung "Bürgerliches Recht" zuzurechnen.

Es kann hier dahinstehen, ob die von Schreiber aus dieser Feststellung gezogene Folgerung, "Rechtssätze des Handelsrechts sind der analogen Anwendung auf nichthandelsrechtliche Tatbestände insoweit fähig, als die Zugehörigkeit zum Handel ihrem Inhalt nicht rechtsgestaltend beeinflusst hat"³⁾, eine grundsätzliche Zustimmung zur Zulässigkeit einer analogen Ausdehnung des Handelsrechts auf Nichthandelssachen darstellt⁴⁾. Entscheidend ist, daß unklar bleibt, woran die Frage der "rechtsgestaltenden Beeinflussung" gemessen werden soll.

Grundsätzlich kann man davon ausgehen, daß alle Tatbestandsmerkmale eines Rechtssatzes in irgendeiner Weise für die angeordnete Rechtsfolge von Bedeutung sind. Bezogen auf das Handelsrecht könnte man demgemäß erwarten, daß in das Gesetzeswerk nur solche Vorschriften aufgenommen wurden, die durch spezifisch handelsrechtliche Verhältnisse geboten sind. Wir hätten es dann mit dem "idealen Gesetzgeber"⁵⁾ zu tun. Die Einbeziehung eines Sachverhaltes außerhalb des Handelsrechts wäre nach dem Normzweck nicht zu rechtfertigen, eine entsprechende Anwendung der Vorschriften würde ausscheiden.

Da sich ein solchermaßen "idealer Gesetzgeber" kaum finden lassen wird, ist es deshalb nicht auszuschließen, daß das HGB auch Rechtssätze enthält, die trotz der grundsätzlich sachgerechten Anknüpfung der

1) In Jherings Jahrbuch Bd. 60, S. 106 ff., insbes. S. 167 ff.

2) S. 170.

3) S. 173.

4) Dies nimmt Pisko, S. 5, an.

5) Vgl. Raisch, JuS 1967, S. 540.

Rechtsfolge an das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft deshalb nicht überzeugen können, weil sie auf jede Art von Unternehmen/Unternehmer oder aber nur auf eine bestimmte Art von Kaufleuten zutreffen, aber auf jeden in den §§ 1 ff. HGB genannten Typus des Kaufmanns bezogen sind. Hier stellt sich die Frage nach einer analogen Anwendung der Norm auf alle Unternehmen bzw. eine Beschränkung im Wege der teleologischen Reduktion auf die vom Normzweck erfaßten Tatbestände. Und schließlich sind auch Bestimmungen denkbar, deren Regelungen einen Bezug zum Tatbestandsmerkmal "Kaufmann" nicht erkennen lassen. Sinn und Zweck der Norm ermöglichen dann die Einbeziehung aller von der Norm erfaßten Sachverhalte unabhängig davon, ob ein Kaufmann im Sinne des HGB, ein Unternehmen/Unternehmer oder eine Privatperson beteiligt ist.

bb) Die Feststellung der Ähnlichkeit zwischen handelsrechtlichen und nichthandelsrechtlichem Sachverhalt im Rahmen der Gesamtanalogie

Bislang wurden lediglich die Voraussetzungen für ein Ähnlichkeitsurteil im Rahmen der Gesetzes- oder Einzelanalogie dargelegt. Stellt man bei der konkreten Rechtsanwendung fest, daß der handelsrechtliche mit dem außerhandelsrechtlichen Sachverhalt nicht die für das Ähnlichkeitsurteil erforderliche Deckungsgleichheit aufweist, aber nach dem Rechtsgefühl dennoch eine Gleichbehandlung angebracht erscheint, so wäre zu prüfen, ob die Einbeziehung von nichtkaufmännischen Sachverhalten im Wege der Gesamt- oder Rechtsanalogie erfolgen kann. Als eine solche Analogie hatten wir¹⁾ ein Verfahren gekennzeichnet, bei dem aus einer Anzahl von gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände die gleiche Rechtsfolge anknüpfen, ein allgemeiner, auf den im Gesetz nicht geregelten Tatbestand anwendbarer Rechtsgrundsatz entnommen wird.

Die Rechtsfolgen, die die Normen des materiellen Handelsrechts anordnen, sind singulär; es fehlt an vergleichbaren nichthandelsrechtlichen Tatbeständen, die die gleiche Rechtsfolge wie die den handelsrechtlichen Tatbestand regelnde Norm anordnet.

1) Siehe oben, S. 24.

Eine Gesamtanalogie ist deshalb nur im Hinblick auf die in den §§ 1 ff. HGB vorgenommene Umschreibung des Kaufmannsbegriffes vorstellbar. Ließe sich der Nachweis führen, daß verschiedene Normen außerhalb des Handelsrechts nicht zwischen Kaufmann und bestimmtem Nichtkaufmann differenzieren, sondern beide hinsichtlich der Rechtsfolge auf die gleiche Stufe stellen, so könnte man in Erwägung ziehen, daß die Rechtsordnung allgemein Kaufleute und bestimmte Nichtkaufleute gleichbehandelt wissen will.

Ein derartiger Nachweis läßt sich jedoch nicht erbringen. Es fehlen außerhalb des Handelsrechts Normen, die den Kaufmann und den kaufmannsähnlichen Nichtkaufmann, nennen wir ihn "Unternehmer", gleichermaßen als Regelungsadressaten erfassen. Im Gegenteil: der Kaufmannsbegriff des Handelsrechts wird zu Abgrenzung von den einer Norm unterstellten und den dieser Vorschrift nicht unterstellten Sachverhalten verwendet¹⁾.

Neben dieser tatsächlichen Erkenntnis spricht ein methodisches Argument gegen die Möglichkeit einer Gesamtanalogie. Entscheidend für dieses Verfahren ist der Rückgriff auf die allen vergleichbaren Einzelvorschriften gemeinsame ratio legis sowie deren Verallgemeinerung. Dabei ist jedoch immer wieder sorgfältig zu prüfen, wieweit sie wirklich verallgemeinerungsfähig ist und ob nicht die Besonderheiten bestimmter Fallgruppen eine abweichende Bewertung rechtfertigen²⁾. Selbst wenn wir auf zahlreiche Normen stoßen würden, die nicht zwischen Kaufmann und Unternehmer unterscheiden, sondern beide gleichsetzen, so wäre diese Erkenntnis nicht auf das HGB per se übertragbar, da dort in den §§ 1 ff. gerade eine entsprechende Differenzierung vorgenommen wird, so daß eine solche Gesamtanalogie zur Gesetzesfindung contra legem führen müßte.

Im Wege einer Gesamtanalogie kann deshalb der Normadressatenkreis des materiellen Handelsrechts nicht erweitert werden.

1) Vgl. §§ 38 Abs. 1 ZPO; 24 AGBG; 8 AbzG.

2) Larenz, Methodenlehre, S. 371.

c) Formelles oder materielles Handelsrecht als Grundlage eines Analogieschlusses

Versucht man, mit Hilfe der Einzelanalogie, deren Voraussetzungen bereits genannt wurden, den Adressatenkreis zu erweitern, so stellt sich auch hier die Frage, ob eine Analogie bereits bei den Begriffsbestimmungen der §§ 1 ff. HGB ansetzen kann oder ob die Vorschriften des materiellen Handelsrechts auf ihre Analogiefähigkeit hin überprüft werden müssen.

Grundsätzlich könnte man eine Ausweitung des in den §§ 1 ff. HGB gekennzeichneten Kaufmannsbegriffes im Wege eines Analogieschlusses in Erwägung ziehen. Rechtsprechung und Literatur haben sich jedoch mit gutem Grund bisher gegen eine solche allgemeine Analogie ausgeschlossen.

So hat der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Einbeziehung von Nichtkaufleuten unter die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens¹⁾ stets nur die Gleichstellung von bestimmten Nichtkaufleuten mit Kaufleuten im Rahmen dieser handelsrechtlichen Regel für zulässig erachtet²⁾. Auch in der zu § 366 HGB ergangenen Entscheidung³⁾ spricht sich der Bundesgerichtshof nur für eine entsprechende Anwendung dieser Gutglaubensvorschrift aus. Man mag diesem Urteil zwar die Tendenz entnehmen, gegebenenfalls auch andere Normen des HGB anzuwenden, die Entscheidung ist insoweit aber nicht Abbild der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung herrschenden Auffassung, da es dem Bundesgerichtshof offensichtlich darauf ankam, den Umfang der Herausnahme der Deutschen Bundesbahn bzw. der Deutschen Reichsbahn aus dem Handelsrecht auf das Maß zu beschränken, daß dem Gesetzgeber bei Schaffung des Reichsbahngesetzes vorschwebt hatte.

Auch die Literatur, soweit sie eine Ausdehnung handelsrechtlicher Vorschriften befürwortet, stellt auf die Analogiefähigkeit der einzelnen Be-

1) S. hierzu im Einzelnen unten S. 151 ff.

2) Vgl. BGHZ 11, 1, 3; 40, 42, 43.

3) BGHZ 2, 37, 50 f.; zuvor bereits OGHZ 3, 195.

stimmungen ab und will eine blinde Ausdehnung von Normen des HGB verhindern¹⁾.

Eine Ausdehnung des Kaufmannsbegriffes in der Weise, ihn ohne Bezug auf eine bestimmte Norm generell auf Nichtkaufleute oder eine bestimmte Gruppe von Nichtkaufleuten auszuweiten²⁾, würde die Erkenntnis voraussetzen, daß in sämtlichen Tatbeständen, die das Tatbestandsmerkmal der Kaufmannseigenschaft enthalten, dieses Merkmal für die ausgesprochene Rechtsfolge unerheblich ist³⁾. Zwar trifft die von Dressler⁴⁾ ins Feld geführte Begründung, eine solche Feststellung könne schon deshalb nicht getroffen werden, weil sonst jeder Sonderregelung für gewisse im Handelsverkehr tätige Personengruppen die Berechtigung abgesprochen werde, nicht zu. Zum einen wird hier die Eigenschaft einer Sonderregelung unterstellt, ohne in nachprüfbarer Weise darzulegen, daß eine solche überhaupt vorliegt. Zum anderen übersieht Dressler, daß der Gesetzgeber möglicherweise nicht nur den Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB vor Augen hatte bzw. daß der - oben erwähnte - normative Sinn über den abschließend definierten Kaufmannsbegriff hinausreicht.

Eine allgemeine Ausdehnung könnte einmal dazu führen, daß zwingende Schutzgedanken, die außerhandelsrechtlichen Tatbeständen zu entnehmen sind und durch Vorschriften des HGB für einen bestimmten Adressatenkreis außer Kraft gesetzt wurden, ohne sorgfältige Prüfung der Fallgestaltung übergangen werden⁵⁾. Beispielsweise erlaubt die Regelung über das Kontokorrent (§ 355 Abs. 1 HGB), Zinsen auch von solchen Zinsen, die in den Saldo eingestellt wurden, zu nehmen. Die Vorschrift steht damit in einem deutlichen Gegensatz zu § 248 Abs. 1 BGB, der es verbietet, schon im voraus eine Vereinbarung über die Verzinslichkeit von Zinsen zu treffen. Oder betrachten wir die Frage der Fälligkeit von Zinsen: während § 353 HGB es dem Kaufmann gestattet, vom Tage

1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 43.

2) Also eine Analogie zu § 1 Abs. 1 HGB vorzunehmen.

3) Vgl. Pisko, S. 2. Kritisch zu dem Versuch Piskos, die Analogieunfähigkeit handelsrechtlicher Vorschriften durch einen Rückschluß von Regelungen in anderen Rechtsordnungen auf den Willen des historischen Gesetzgebers zu beurteilen, zu Recht Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 12 mit Fn. 2.

4) S. 11.

5) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 43 f.

der Fälligkeit an Zinsen (und zwar in Höhe von 5 %) zu verlangen, tritt eine Verzinsungspflicht (in Höhe von 4 %) unter Nichtkaufleuten gemäß § 288 BGB erst mit Verzugsbeginn ein.

Zum anderen würde eine allgemeine Ausdehnung unterstellen, daß der Gesetzgeber bei Schaffung aller Normen immer ein und denselben Aspekt des kaufmännischen Verhaltens im Auge hatte und zur Grundlage der Kodifikation machte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Ein Blick auf die verschiedenen Regelungsbereiche zeigt, daß der Gesetzgeber ganz unterschiedliche Ansatzpunkte für die Bildung von Rechtsvorschriften wählte.

Im Bereich der §§ 343 ff. HGB wurde, wie später im einzelnen noch zu zeigen ist, einerseits der Schwerpunkt der Normsetzung darauf gelegt, das einem Unternehmen entgegengebrachte Vertrauen in dessen Funktionsfähigkeit zu schützen, andererseits auch dem Betreiber eines solchen Unternehmens den nötigen Spielraum für eine effiziente Abwicklung der dort getätigten Geschäfte zu verschaffen. Im Mittelpunkt dieser Bestimmungen steht zweifelsohne das Unternehmen, oder, wie es der Gesetzgeber nennt, das Handelsgewerbe. Einen ähnlichen Ansatzpunkt hat der Gesetzgeber auch bei den §§ 25, 28 oder 48 ff. HGB gewählt. Dagegen knüpfen die Vorschriften über die Firmenführung (§§ 17 ff. HGB) an die Person des Inhabers des Unternehmens an, nicht an das Betreiben des Geschäftes.

Entscheidend gegen einen allgemeinen Analogieschluß spricht insbesondere die Tatsache, daß der Gesetzgeber in das HGB auch solche Regelungen aufgenommen hat, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben und aufgrund ihrer Funktion, eine gewisse Rechtssicherheit zu gewähren, einer Ausweitung nicht zugänglich sind. Dies gilt insbesondere für die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters und die Pflicht zur Eintragung bzw. Anmeldung, aber auch für die Bestimmungen über die Führung von Handelsbüchern. Die §§ 8 bis 16 bzw. 38 bis 47 b HGB sind auf den Kaufmannsbegriff, wie er in den §§ 1 ff. HGB entwickelt wird, abgestimmt. Eine allgemeine Ausweitung des Kaufmannsbegriffes hätte zweifelsohne eine erhebliche Unsicherheit darüber, wann etwa die Eintragungspflicht oder die Buchführungspflicht für einen

Nichtkaufmann beginnt, zur Folge. Die Verlässlichkeit des Handelsregisters wäre im Hinblick auf die dann fehlende gesetzlich fixierte Abgrenzung zwischen registerfähigen und nichtregisterfähigen Unternehmen nur noch eingeschränkt gegeben und damit ihrem eigentlichen Zweck beraubt.

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß die Tätigkeit des Gesetzgebers in der vergangenen Zeit ebenfalls Anlaß dazu gibt, eine allgemeine Ausweitung des Kaufmannsbegriffes im Wege der Analogie abzulehnen. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des § 38 Abs. 1 ZPO¹⁾ und bei der Schaffung des Gesetzes über das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)²⁾ mit Absicht auf den althergebrachten Kaufmannsbegriff des HGB zurückgegriffen³⁾, obwohl ihm bewußt war, daß im Hinblick auf Änderungen der Anschauungsweise eine Abkehr vom Kaufmannsbegriff im Sinne des Handelsgesetzbuches als Normadressaten angezeigt gewesen wäre.

Bei Normkorrekturen und -erweiterungen im Rahmen des Abzahlungsgesetzes⁴⁾ haben die Gesetzesverfasser die in § 8 des Gesetzes enthaltene Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff des HGB beibehalten, obwohl damals bereits erhebliche Zweifel an der Sachgemäßheit der durch diese Norm getroffenen Regelung angemeldet worden waren.

Der Rückgriff des Gesetzgebers in neuerer Zeit auf Termini des HGB bzw. das ausdrückliche Festhalten an solchen zeigt, daß eine allgemeine Ausweitung des Kaufmannsbegriffes, die auch andere Gesetze als das HGB, soweit dort der Kaufmann Normadressat ist, erfassen müßte, daß also eine undifferenzierte und nicht auf den Regelungszweck der einzelnen Norm abstellende Betrachtungsweise Gefahr lief, Entscheidungen contra legem herbeizuführen. Zulässig und richtig kann es daher nur sein, eine Vielzahl von Normen daraufhin zu untersuchen, ob ihnen der

1) Wie auch bei § 1027 Abs. 2 ZPO

2) Dort § 24

3) Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen in Kapitel VII des dritten Hauptteils dieser Arbeit.

4) Zuletzt durch das 2. Gesetz zur Änderung des AbzG vom 15.5.1974, BGBl I, 1169

gleiche Normadressat als Regelungssubjekt zugrunde liegt. Eine entsprechende positive Feststellung würde dann dazu berechtigen, für einen bestimmten, mehr oder weniger großen Bereich des HGB die begründete Annahme auszusprechen, daß in allen dort niedergelegten Regelungen der gleiche Normadressat angesprochen ist.

Auch wenn man die Ansicht vertritt, daß die vorgenannten Punkte - allein oder zusammengenommen - nicht gegen eine allgemeine Ausdehnung des Normadressatenkreises sprechen, so muß doch eine Analogie zu den §§ 1 ff. HGB daran scheitern, daß ein solches methodisches Vorhaben die grundlegenden Gedanken der Gesetzesverfasser, soweit sie in den genannten Paragraphen zum Ausdruck kommen, mißachten würden, also Gefahr liefe, zur Gesetzesanwendung contra legem zu führen.

Der Versuch, den Adressatenkreis des HGB dadurch zu erweitern, daß man die in diesen §§ 1 bis 6 genannte Zentralfigur des Handelsrechts, den Kaufmann, durch eine andere, näher zu kennzeichnende Person, ersetzt¹⁾, impliziert die Auffassung, der Gesetzgeber habe seinerzeit tatsächlich in Abkehr vom System des AdHGB den Anwendungsbereich des Gesetzes an die Person des im Handelsgeschäft Tätigen angeknüpft. Vor dieser Hinwendung zum "subjektiven System" ist jedoch, wie sich bei genauerer Betrachtung herausstellt, der Gesetzgeber zurückgeschreckt.

Im Handelsgesetzbuch lebt nach wie vor das Konzept des AdHGB von 1861 fort. Wie bereits im vorangehenden Abschnitt näher dargelegt, haben es die Gesetzesverfasser nicht vermocht, sich vollständig vom "objektiven System" zu lösen und die Anwendung handelsrechtlicher Normen davon abhängig zu machen, ob ein Kaufmann an einem Rechtsgeschäft beteiligt ist oder nicht²⁾. Allerdings zeigen eine Vielzahl von Normen des HGB³⁾, daß das objektive System nicht konsequent beibehalten wurde. Diesen Bestimmungen läßt sich eine gemeinsame Leitfigur in Gestalt des Unternehmens bzw. dessen Inhabers entnehmen.

1) Hier würde sich, worauf später noch näher einzugehen ist, die Figur des Unternehmers anbieten.

2) Vgl. aber Gierke/Sandrock, S. 4

3) Z. B. §§ 25, 28, 343 ff.; hierauf wird später noch näher einzugehen sein.

Gleichwohl muß die in den § 1 ff. HGB getroffene Entscheidung akzeptiert werden. Die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Sachverhalte, an denen ein Kaufmann nicht beteiligt ist, kann daher nicht im Wege eines Ähnlichkeitsschlusses zu § 1 Abs. 1 HGB erfolgen. Eine Analogie ist nur dergestalt denkbar, daß eine einzelne Norm oder einer Gesamtheit von Normen des HGB ein Regelungsgedanke entnommen werden kann, der auf einen nichthandelsrechtlichen Sachverhalt in gleicher Weise wie auf den handelsrechtlichen zutrifft. Darüber hinaus kann vermutet werden, daß dann, wenn eine Vielzahl von Normen innerhalb eines Abschnitts des HGB einen Analogieschluß ermöglicht, der gesamte Regelungsbereich eine entsprechende Anwendung auf den näher zu kennzeichnenden nichtkaufmännischen Adressatenkreis erfahren kann, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß der Gesetzgeber in diesen Abschnitt systemwidrig eine Norm aufgenommen hat, deren Analogiefähigkeit einer gesonderten Prüfung bedarf.

Die vorliegende Arbeit wird sich darauf konzentrieren, den Nachweis zu führen, daß den Bestimmungen des HGB, die im Zusammenhang mit der geschäftlichen Betätigung eines Inhabers einer Unternehmung stehen, der gleiche Normadressat, der jedoch nicht mit dem Kaufmann im Sinne des HGB identisch ist, zugrunde liegt.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich die bisherigen methodischen Überlegungen in einem kurzen Überblick folgendermaßen darstellen:

Eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Tatbestände außerhalb des Handelsrechts setzt zunächst den Nachweis einer Lücke des HGB voraus. Von einer derartigen planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes können wir dann sprechen, wenn die Beschränkung des Normadressatenkreises auf den Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB der Regelungsabsicht, also dem Plan des Gesetzes, zuwiderläuft. Weitere

Voraussetzung der analogen Anwendung ist die Feststellung der Ähnlichkeit zwischen dem ausdrücklich geregelten handelsrechtlichen Tatbestand und dem regelungsbedürftigen nichthandelsrechtlichen Sachverhalt. Ausgehend von dem Gebot der Gerechtigkeit, Gleiches gleich zu behandeln, muß der Nachweis geführt werden, daß der konkrete gesetzlich nicht geregelte Sachverhalt mit einem solchen, der eine gesetzliche Normierung erfahren hat, derart übereinstimmt, daß aus der Ähnlichkeit auf die Gleichheit der Rechtsfolge geschlossen werden darf. Eine Vorschrift des Handelsrechts kann demgemäß nur dann auf Sachverhalte außerhalb des Handelsrechts angewendet werden, wenn die zu überprüfende Norm zu Unrecht die zugeordnete Rechtsfolge vom Vorliegen der Kaufmannseigenschaft als Tatbestandsmerkmal abhängig macht und zugleich der zur Überprüfung gestellte Sachverhalt dem geregelten derart ähnlich ist, daß der nichthandelsrechtliche dem handelsrechtlichen Sachverhalt gleichgestellt werden muß.

Eine solche Überprüfung wird auch Klarheit darüber verschaffen, ob, wie Schreiber¹⁾ oder Raisch²⁾ darzulegen versucht haben, einigen Normen des HGB ein Bezug zur Kaufmannseigenschaft des Normadressaten überhaupt fehlt, so daß sie in Wahrheit dem für alle geltenden Bürgerlichen Recht zuzuordnen sind, oder ob Normen zwar den Besonderheiten des Handelsverkehrs Rechnung tragen wollen und deshalb die Kaufmannseigenschaft des Normadressaten fordern, zum Kreis der Betroffenen aber nicht nur den "eigentlichen" Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB rechnen, sondern auch kaufmannsähnliche Personen. Möglich ist selbstverständlich auch die Feststellung, daß der Normadressatenkreis richtig gewählt ist, also einem außerhandelsrechtlichen Sachverhalt die erforderliche Ähnlichkeit fehlt. In diesem Fall ist die betreffende Bestimmung des HGB als handelsrechtliche Besonderheit qualifiziert; die Unzulässigkeit der entsprechenden Anwendung auf Nichtkaufleute folgt dann nicht etwa aus der unbrauchbaren Regel, Ausnahmenvorschriften seien einer analogen Anwendung nicht zugänglich, sondern stellen sich als Konsequenz der Normintention dar.

1) In Jhrings Jahrbuch, Bd. 60, S. 167 ff.

2) Geschichtliche Voraussetzungen; vgl. auch Dressler im Hinblick auf die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB.

C. ZWEITER HAUPTTEIL

Versuch einer Definition des Unternehmens im Sinne des Handelsrechts

I. Vorbemerkung

Dem Ziel der Arbeit folgend, einen erweiterten, sachgerechten Normadressatenkreis zu finden, muß nun in einem weiteren Abschnitt der Arbeit geklärt werden, welcher rechtlich faßbare Begriff geeignet ist, im Wege einer analogen Rechtsanwendung als Normadressat der einzelnen Regelungen des materiellen Handelsrechts anerkannt zu werden. Angesichts unseres Bestrebens, den unsachgemäß gewählten Adressatenkreis zu erweitern und evtl. verallgemeinerungsfähige Aussagen über den "richtigen" Normadressatenkreis treffen zu können - auch im Hinblick auf eine wünschenswerte gesetzgeberische Korrektur -, muß uns daran gelegen sein, eine Rechtsfigur zu finden, die bei allen Sachverhalten, an denen sie beteiligt ist, den Ähnlichkeitsschluß mit Hilfe der jeweils für den kaufmännischen Sachverhalt bestehenden Regelung des HGB erlaubt.

Die bislang in der Literatur geführte Diskussion über den "richtigen" Normadressaten des Handelsrechts gibt uns Anlaß zu der Vermutung, daß der Begriff des "Unternehmens" oder der des "Unternehmers" geeignet sein könnte, an die Stelle des Kaufmannsbegriffes zu treten und eine sachgerechte Unterscheidung zwischen Sachverhalten, die den Regelungen des Handelsrechts zu unterstellen sind, und solchen, die zum Regelungsgebiet des Bürgerlichen Rechts zählen, zu treffen.

Die folgenden Ausführungen unterstellen allerdings, daß die einzelnen Bestimmungen des materiellen Handelsrechts überhaupt einen Analogieschluß erlauben. Dies bedarf jedoch erst eines entsprechenden Nachweises, der im Anschluß an die folgenden Überlegungen im Rahmen der Untersuchung einzelner Normen aus dem Bereich des HGB geführt werden soll.

Man könnte allerdings der hier geplanten Vorgehensweise entgegenhalten, daß zweckmäßigerweise zunächst mit einer Einzeluntersuchung begon-

nen werden müßte und im Anschluß daran aus den gewonnenen Ergebnissen der Adressatenkreis neu zu bestimmen sei. Es ist aber nicht auszuschließen, daß die jeweilige Normüberprüfung nicht zu einem klar umrissenen nichtkaufmännischen Adressatenkreis führt, sondern nur Anhaltspunkte dafür liefert, welcher Personenkreis einbezogen werden könnte. Deshalb erscheint es sinnvoller, zunächst unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des HGB, dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers und dem denkbaren Wandel der Normsituation eine rechtlich faßbare Figur des Normadressaten zu entwerfen, die eine wohl erforderliche Nähe zum Begriff des Kaufmannes aufweist. Diese Figur sollte geeignet sein, als Zentralfigur die den einzelnen Vorschriften zugrunde liegenden Rechtsgedanken verständlich zu machen¹⁾. Sie kann demgemäß nicht durch eine bloße Übernahme soziologischer oder wirtschaftlicher Termini gefunden werden; jedoch werden die in den Nachbarwissenschaften entwickelten Gedanken zum Wesen des "kaufmännischen Geschäftsverkehrs" mit herangezogen werden müssen.

Dieser gesuchte Begriff könnte möglicherweise in der Figur des Unternehmers gefunden werden, vielleicht auch in der Figur des Unternehmens, also einem von der Person des Inhabers losgelösten und damit verselbständigten rechtlich relevanten Begriffs. Anlaß für Überlegungen in dieser Richtung geben zum einen die vielfältigen Versuche, das deutsche Handelsrecht von der Anknüpfung an das Individuum, den Kaufmann, freizumachen²⁾. Ein weiterer wichtiger Hinweis ist die in § 2 HGB getroffene Regelung. Wenn diese auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur Lücken schließen sollte³⁾, so wurde doch dem Unternehmensgedanken Ausdruck verliehen, freilich ohne ihm in der Ge-

-
- 1) Eine Überprüfung einzelner Vorschriften des HGB muß dann erweisen, ob sich der Begriff tatsächlich eignet.
 - 2) Erstmals wohl durch Hassenpflug in der Abhandlung "Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Pflichten anzusehen (in: Elvers Themis Bd. 1(1827), S. 59 ff.; zitiert nach Thomas Raiser, S. 71, Fn. 14). Später insbes. Endemann, Handelsrecht; Krause, Unternehmer und Unternehmung; Wieland, Handelsrecht. Neuerdings vor allem Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, und Schmidt, Handelsrecht. Vgl. auch Bergfeld, S. 134 mit weiteren Hinweisen.
 - 3) Vgl. Materialien HGB, S. 192 ff.

samtregelung des HGB Rechnung zu tragen. Durch das Merkmal des "in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes" ließe sich das handelsrechtliche Unternehmen allerdings nur unzulänglich beschreiben, es müßte konkretisiert und durch weitere Merkmale ergänzt werden.

II. Selbständigkeit und gegenseitige Abhängigkeit der Rechtsbegriffe "Unternehmer" und "Unternehmen"

Der Begriff des Unternehmens ist dem deutschen Recht nicht fremd. Freilich findet er sich in verschiedenen Gesetzes mit ganz unterschiedlichem Sinngehalt¹⁾. Er ist Anknüpfungspunkt sowohl im Zivil- als auch im öffentlichen Recht²⁾, wobei auffällt, daß die Verwendung des Begriffes im Zivilrecht überwiegend in den Händen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft liegt, im öffentlichen Recht dagegen der Gebrauch durch den Gesetzgeber dominiert³⁾. Er hat aber immer die gleiche Funktion: die Bestimmung des spezifischen Geltungsbereiches einer Norm.

Im Bereich des HGB, also des "klassischen" Handelsrechts, findet sich der Begriff des Unternehmens an verschiedenen Stellen (z. B. §§ 2, 3, 6, 36, 42). Daneben wird aber auch der Begriff des Unternehmers verwendet (insbesondere §§ 1, Abs. 2 Nr. 5, 2, 3, 84 ff.). Aus dieser mehrfachen Erwähnung des Unternehmens hat Heymann⁴⁾ gefolgert, der Begriff des Unternehmens sei der leitende Gedanke des Handelsrechts und ermögliche die Ausdehnung des vom Gesetz erfaßten Adressatenkreises.

1) Deshalb stellen Giesecke (FS Heymann, S. 118) und Ballerstedt (JZ 1951, S. 487) zu Recht fest, daß es keinen geschlossenen Rechtsbegriff "Unternehmen" gibt.

2) Darüber hinaus auch im Strafrecht, vgl. §§ 83, 264 Abs. 6, 265 b, 311 b Nr. 1 StGB.

3) Vgl. die bei Gierke/Sandrock, S. 176 f., aufgeführten Beispiele.

4) S. 39.

Diese Feststellung wird man ohne sorgfältige Überprüfung nicht übernehmen können. Tatsache ist, daß das HGB seinen Normadressatenkreis auf Kaufleute im Sinne der §§ 1 ff. beschränkt und eine Auswahl unter den Trägern von Unternehmungen trifft. Zum Teil werden sie den Regeln des Handelsrechts unterstellt, zum Teil werden sie ausgeschlossen. Das Unternehmen schlechthin steht, jedenfalls nach dem Wortlaut handelsrechtlicher Vorschriften, nicht im Mittelpunkt des Gesetzes. Selbst wenn man in die Überlegungen mit einbezieht, daß der Gesetzgeber in jüngerer Zeit bei der Neuordnung der §§ 1 und 2 HGB¹⁾ den Begriff des "handwerklichen oder gewerblichen Unternehmens" schuf, wird man angesichts des klaren Wortlautes des § 1 HGB kaum folgern können, daß der Gesetzgeber damit habe zum Ausdruck bringen wollen, entgegen dem Wortlaut sei nicht der Kaufmann, sondern das Unternehmen Gegenstand der handelsrechtlichen Normen. Es ist außerdem fraglich, ob der Gesetzgeber den Unternehmensbegriff partiell zum kodifikatorischen Prinzip erheben wollte²⁾.

Die verschiedenen, zu Beginn dieser Arbeit geschilderten Sachverhalte lassen aus heutiger Sicht Zweifel aufkommen, ob die gesetzgeberische Entscheidung am Ende des letzten Jahrhunderts noch heute überzeugen kann. Eine Fortbildung des Handelsrechts zu einem Unternehmensprivatrecht scheint deshalb angezeigt. Es muß aber sorgfältig geprüft werden, ob der Begriff des Unternehmens als Leitbild für die Interpretation des gesamten klassischen Handelsrechts de lege lata dienen kann, oder ob es zwar rechtspolitisch wünschenswert ist, das persönliche Element, verkörpert durch den Kaufmann, durch ein sachbezogenes Element des Unternehmens zu ersetzen, die konkrete Umsetzung aber daran scheitern muß, daß der Kaufmann und nicht das kaufmännische Unternehmen den Ausgangspunkt der handelsrechtlichen Regelungen darstellt³⁾.

Auf dem Boden des geltenden HGB wird es zumindest nicht möglich sein, den Kaufmann in seiner Funktion als Rechtsträger des Rechtsobjektes

1) Durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31. 3. 1953 (BGBl. I, S. 106).

2) So ausdrücklich Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 123; ihm folgend Müller, Einbeziehung der Freien Berufe, S. 78.

3) Zu dieser Ansicht neigt Hofmann, S. 79 f.

Unternehmen überhaupt abzulösen und stattdessen das Unternehmen selbst zum eigentlichen Rechtssubjekt zu machen, so daß es der eigentliche Zuordnungspunkt für die auf sich bezogenen Rechtsverhältnisse ist¹⁾.

Zwischen der Leitbildfunktion einerseits und der Eigenschaft als Rechtsträger, das heißt Normadressaten, andererseits ist meines Erachtens klar zu differenzieren. Der folgende Abschnitt wird zeigen, daß im Mittelpunkt der handelsrechtlichen Normen der Inhaber einer Unternehmung, nicht aber die Unternehmung an sich, steht. Der Versuch, handelsrechtliche Vorschriften analog anzuwenden, müßte diese Tatsache im Rahmen des Ähnlichkeitsurteiles berücksichtigen. Dagegen würde die Feststellung, daß handelsrechtliche Bestimmungen objektiv an einen - noch näher zu bestimmenden - Unternehmensbegriff anknüpfen, diesem also Leitbildfunktion beimessen, die Möglichkeit eröffnen, Normen des HGB auf Tatbestände anzuwenden, bei denen auf der objektiven Seite die Merkmale des Unternehmens vorliegen, subjektiv, das heißt hinsichtlich der Eignung als Normadressat, die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft aber nicht gegeben sind.

Damit kann auch schon vorab das Verhältnis zwischen dem Begriff des Unternehmens und dem des Unternehmers geklärt werden. Bereits die Art, wie beide Begriffe in handelsrechtlichen Vorschriften, zum Beispiel in § 2 HGB, verwendet werden, läßt einen gleichen gedanklichen Zusammenhang vermuten. Die Begriffe beschreiben ein einziges Gedankengebild, wobei jedoch jeder eine andere Seite näher kennzeichnet²⁾. Der Un-

1) Vgl. Th. Raiser, S. 166 ff.. Er meint, primärer, d. h. nicht abgeleiteter Leitbegriff sei derjenige des Unternehmens, während die Qualifikation als Kaufmann oder die verschiedenen Gesellschaftsformen bloße Eigenschaften jenes Oberbegriffes Unternehmen darstellen, die immer auch nur in gewisser Hinsicht relevant sind. Angesichts des Wortlauts der §§ 1 ff. HGB muß aber Raiser eingestehen, daß die Anerkennung einer selbständigen juristischen Persönlichkeit des Unternehmens auf dem Gebiet des klassischen Handelsrechts nur de lege ferenda geschehen kann (S. 35).

2) Vgl. Krause ZHR Bd. 105, S. 69, 89 ff.; ders., Unternehmer und Unternehmung, S. 20; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 120, Rittner, S. 16.

ternehmer ist nicht ohne Unternehmen, das Unternehmen nicht ohne Unternehmer denkbar¹⁾. Der eine Begriff meint die personale, der andere die gegenständliche Seite.

Im folgenden wird deshalb neben der Frage, ob die Unternehmung als solche oder deren Inhaber Normadressat ist, dann, da letzteres zutrifft, weiter zu überlegen sein, ob diese Anknüpfung ihre Grundlage in einem ständischen Kaufmannsbegriff hat oder ob die Figur des Kaufmanns im Zusammenhang mit einem (kaufmännischen) Unternehmen gesehen werden muß, das heißt, der Kreis der Normadressaten - auch - von der Betätigung her zu bestimmen ist. Läßt sich dann noch nachweisen, daß sich im Laufe der Zeit ein Sinnwandel vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht vollzogen hat, so daß also nicht mehr das Betreiben eines der in § 1 Abs. 2 HGB genannten Handelsgewerbe oder eines Gewerbes, das eine in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, sondern eine unternehmerische Tätigkeit Anknüpfungspunkt für die Eigenschaft als Normadressat des privaten Handelsrechts ist, so steht einer analogen Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute, die die Eigenschaften eines Unternehmers aufweisen, grundsätzlich nichts im Wege.

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 120.

III. Die Entwicklung des Unternehmerbegriffes in der Rechtswissenschaft

1. Das Rechtssubjekt "Unternehmer" als Mittelpunkt der Diskussion im handelsrechtlichen Schrifttum

Das private Handelsrecht ist als ein Ständesrecht der Kaufleute im Mittelalter entstanden. Bis zur Schaffung des preußischen Allgemeinen Landrechts änderte sich wenig; es blieb im wesentlichen ein ständisches Statutar- und Gewohnheitsrecht¹⁾. Bis zu diesem Zeitpunkt findet sich auch keine selbständige Literatur des Handelsrechts, sieht man einmal von dem von Marquard verfaßten Werk²⁾ ab. Unter dem Einfluß der ständefeindlichen Französischen Revolution vollzog das Handelsrecht einen gewissen Wandel weg vom ständischen Denken hin zu einem sachlich orientierten Sonderrecht für gewisse Geschäfte. Die Bestrebungen, nicht die Person des Kaufmanns, sondern die Betätigung, den Abschluß bestimmter Geschäfte, zum Anlaß einer gesetzlichen Regelung zu nehmen, konnten sich jedoch nicht durchsetzen.

Das AdHGB von 1861, in dem französisches, österreichisches und preußisches Recht zu einer Synthese gelangten³⁾, knüpfte wieder teilweise an Geschäfte, teilweise an die Person des Kaufmanns an, betonte also zum Teil wieder den Gedanken des Handelsrechts als eines Ständesrechts⁴⁾. Auch die Neuregelung des Handelsrechts durch die Kodifizierung des HGB konnte sich nicht ganz vom standesrechtlichen Denken freimachen⁵⁾. Unabhängig davon, ob die einzelnen Gesetze und Entwürfe ihr Schwergewicht auf die Person des Kaufmanns oder auf den Handel und die entsprechenden Geschäfte legten, blieb doch außer Zweifel, daß Normadressat der Kaufmann war und sein sollte.

1) Vgl. Krause, ZHR Bd. 105, S. 122; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 47.

2) Tractatus politico - iudicis de iure mercatorum et commerciorum singulari, Frankfurt/M. 1662.

3) Vgl. Raisch, Abgrenzung, S. 116 ff.

4) Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 321, 431; Thöl, Handelsrecht, Bd. I, S. 159 f.

5) Krause, ZHR, Bd. 105, S. 123.

Nahezu vierzig Jahre nach den bereits oben¹⁾ erwähnten Äußerungen von Hassenpflug entwickelte Endemann²⁾ seine Lehre vom Wesen des "Geschäfts". Dieses sei zwar zunächst dazu bestimmt, seinem Inhaber als Quelle des Gewinnes zu dienen, es sei aber mehr als ein reines Objekt persönlicher Berechtigung. Es habe vielmehr "nach der Auffassung des Handels ... sein eigenes Leben"³⁾. Endemann fährt fort, das Geschäft habe "seinen eigenen Charakter und Gang, der keineswegs willkürlich von dem Inhaber abhängt". Und weiter: "das Geschäft macht den Kaufmann, nicht umgekehrt ... Das Geschäft ist der eigentliche Träger des Kredites ... Die Bedeutung des Geschäfts als Glied der produktiven Tätigkeit drängt die physische Person des Eigentümers in den Hintergrund"⁴⁾. Damit brachte Endemann klar zum Ausdruck, daß das Geschäft als solches mit Rechtssubjektivität ausgestattet sei und als der eigentliche Träger des Handelsrechts angesehen werden müßte⁵⁾.

Endemanns Auffassung stieß zum Teil auf Zustimmung, mehr jedoch auf entschiedene Kritik. Laband⁶⁾ bestritt, daß das Geschäft ein handelsrechtlicher Grundbegriff von einer solchen Bedeutung sei. Die von Endemann behauptete Rechtssubjektivität des Geschäftes betrachtete dieser als "ein Attentat gegen die Integrität des Persönlichkeitsbegriffes"⁷⁾. Regelsberger vertrat die Meinung, das geltende Recht - das AdHGB - biete zuwenig Anhaltspunkte dafür, daß das Geschäft und nicht dessen Inhaber als selbständiges Rechtssubjekt zu betrachten sei⁸⁾.

Bedenkt man, daß das Gesetz Vorschriften, welche sich unmittelbar auf das Handelsrecht oder -vermögen bezogen, nicht kannte, und vergleicht

1) Siehe S. 56 mit Fn. 2.

2) Zuerst in der 1. Aufl. seiner Darstellung des deutschen Handelsrechts aus dem Jahre 1865.

3) Endemann, Handelsrecht, S. 63.

4) Endemann, a.a.O.

5) Der Begriff des Unternehmens war der damaligen Lehre im wesentlichen noch fremd. Hinter dem Begriff des Geschäfts verbirgt sich aber bereits der Unternehmensbegriff.

6) ZHR Bd. 8, S. 643 f.

7) Laband, a.a.O., S. 647.

8) in ZHR Bd. 14, S. 12 f.

man die unterschiedlichen Formulierungen über die Möglichkeit des Rechtserwerbes etc. bei offener Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft bzw. bei der Aktiengesellschaft¹⁾, so wird deutlich, daß mit Ausnahme der Aktiengesellschaft dem Geschäft, dem Unternehmen, eine rechtliche Selbständigkeit nicht zugebilligt wurde. Das Handelsrecht beruhte vielmehr auf einem Dreiklang von Persönlichkeit, Eigentum und Haftung²⁾.

Hieran änderte sich auch nichts durch die neue Kodifikation eines HGB. Zwar fanden sich im Sprachgebrauch der Gesetzesverfasser neue Vokabeln, man sprach vom Unternehmer und vom Unternehmen, ohne hierfür eine besondere Erläuterung für erforderlich zu halten³⁾. In der Sache bedeutete dies jedoch keine Änderung. Keinesfalls kann man daraus, daß den Handelsgesellschaften die Kaufmannseigenschaften zugebilligt wurden, schließen, daß zumindest partiell das Unternehmen in den Vordergrund gerückt wurde. Die Verselbständigung des Unternehmers war für die Verfasser des AdHGB nicht akzeptabel, weil sie im Widerspruch gestanden hätte zu dem Ideal der freien Persönlichkeit, dem sich die Rechtswissenschaft im wesentlichen verpflichtet fühlte⁴⁾. Bei den Personengesellschaften stand im Vordergrund die personenrechtliche Verbindung ihrer Mitglieder, deren Solvenz entscheidend sei für den erfahrenen Geschäftspartner⁵⁾. Bei der Aktiengesellschaft drehten sich die Überlegungen um die Frage der Haftungsbeschränkung und der Notwendigkeit einer staatlichen Konzessionierung. Die Verfasser des HGB übernahmen die Bestimmungen unreflektiert⁶⁾.

1) Art. 111, 164 AdHGB bzw. Art. 213: bei der Aktiengesellschaft lautet die Bestimmung, anders als bei der oHG und KG, sie "hat als solche selbständige ihre Rechte und Pflichten ...".

2) Krause, Unternehmer und Unternehmung, S. 8

3) Vgl. Materialien HGB, S. 6

4) Vgl. Th. Raiser, S. 81

5) Vgl. Th. Raiser, S. 71

6) Die Denkschrift (S. 19) weist nur darauf hin, daß § 4 des Entwurfes von 1896 mit dem bisherigen Art. 5 Abs. 1 AdHGB übereinstimmt.

Auch den in dieser Arbeit näher zu überprüfenden Vorschriften der §§ 25, 28, 343 bis 382 HGB läßt sich nicht entnehmen, daß das Unternehmen selbst Normadressat sein sollte. § 343 Abs. 1 HGB zum Beispiel betont die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zum Begriff des Kaufmannes, deutet also an, daß im Mittelpunkt der Vorschriften über Handelsgeschäfte die Person des Kaufmannes steht. Die Bestimmung des § 351 HGB, wonach die Vorschriften der §§ 348 bis 350 HGB auf Minderkaufleute keine Anwendung finden, macht den personalen Bezug deutlich.

Der von Endemann geäußerte Gedanke fand nach Inkrafttreten des HGB in der Literatur zunächst keinen Widerhall. Man vertrat die Auffassung, die Eigenschaft als Handelsgewerbe komme einem Gewerbe dann zu, wenn es seiner Anlage nach eine kaufmännische Geschäftsgebarung erfordere¹⁾. Pisko²⁾ meinte, "Unternehmen" sei die den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation des Betriebes oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an jemand anderen zum Zweck der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten könne. Im Vordergrund stand nach wie vor die Person, der Gewerbetreibende, nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes der Kaufmann. Dieser beherrschte als souveräne Einzelpersonlichkeit das Feld, das Unternehmen war lediglich sein Geschäft³⁾.

Erst Wieland ging intensiver der Frage nach, ob nicht nur die objektive, sondern auch die subjektive Seite des Unternehmens in die Überlegungen miteinzubeziehen seien⁴⁾. Doch auch er kam zu dem Ergebnis, daß den wesentlichen Anteil "die persönliche Tätigkeit, die kalkulierende Berechnung der Gewinnchance, die Ermittlung der für den Abnehmer geeigneten Ware ... habe"⁵⁾. Nußbaum⁶⁾ hielt den Begriff des Unternehmens juristisch für brauchbar, nicht aber im Bereich des Handelsrechts. Dort sei

1) Ehrenberg, in: Ehrenbergs Handbuch, 2. Bd., S. 16

2) In Ehrenbergs Handbuch, 2. Bd., S. 200

3) Krause, Unternehmer und Unternehmung, S. 20

4) Handelsrecht, Bd. 1, S. 145 ff.

5) a.a.O., S. 151.

6) Zur neuen Entwicklung der Lehre vom Unternehmen, S. 492 ff.

deshalb, wie auch im HGB geschehen, die verantwortliche Persönlichkeit in den Vordergrund zu stellen¹⁾. Nußbaum wandte sich ausdrücklich gegen die von Schreiber²⁾ aufgestellte These, anstelle des Kaufmanns müsse das Handelsunternehmen zum Zentralbegriff des Handelsrechts erhoben werden. Krause³⁾ unterzog die Regelungen des HGB einer eingehenden Kritik⁴⁾. Er folgerte, im Zuge der kapitalistischen Entwicklung habe sich eine weitgehende Loslösung der Unternehmung von der Unternehmerpersönlichkeit vollzogen. Kapital und abstrakter Zweck des Verdienstes seien in den Mittelgrund gerückt⁵⁾.

Krause ging aber nicht soweit, einen Sinnwandel des Handelsrechts vom Kaufmann als dem bisherigen zum Unternehmen als dem neuen Normadressaten anzunehmen. Er brachte später zum Ausdruck, daß für den Bereich des kodifizierten Handelsrechts ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich sei⁶⁾. Julius von Gierke schließlich sah in der "Handelsbetriebs-tätigkeit" das entscheidende Moment⁷⁾, betonte aber zugleich, daß dieses den Begriff des Kaufmanns hervorbringe, für den das Kaufmannsrecht geschaffen sei⁸⁾.

Fassen wir die einzelnen Stellungnahmen zusammen, so ist festzuhalten, daß die rechtswissenschaftliche Literatur den Kaufmann bzw. Unternehmer, nicht aber das Unternehmen an sich, als Normadressaten der Vorschrift des HGB ansieht. Diese Auffassung, die mit den gesetzgeberischen

1) Nußbaum, a.a.O., S. 499.

2) In den Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Handelsrechtslehrer, Heft 1 (1928), S. 41 ff.

3) ZHR Bd. 105, S. 69 ff.

4) "Das HGB wendet sich nicht an den Unternehmer, sondern greift einen Teil der Unternehmen heraus, stempelt sie zu "Handelsgewerben", erklärt deren Inhaber zu Kaufleuten und schafft damit eine besondere Gruppe im größeren Kreis der gewerblichen Unternehmer" (a.a.O., S. 89).

5) Krause, a.a.O., S. 121.

6) Vgl. Krause, Unternehmer und Unternehmung, S. 21 ff.

7) Vgl. von Gierke ZHR Bd. 111, S. 12; ihm folgend Sandrock, in: Gierke/Sandrock, S. 182.

8) v. Gierke, a.a.O.

Intentionen übereinstimmt, wurde durch die Änderungen des HGB in den letzten Jahren nicht in Frage gestellt. Weder das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern¹⁾ noch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten²⁾ geben Anlaß zu der Annahme, daß die Gesetzesverfasser in Abkehr von der bisherigen Auffassung nunmehr das Unternehmen selbst als den eigentlichen Normadressaten ansahen. Die Forderung von Raiser, die Kaufleute in ihrer Funktion als Rechtsträger des Rechtsobjektes "Unternehmen" überhaupt abzulösen³⁾, läßt sich auf dem Boden des geltenden HGB nicht verwirklichen.

2. Der Begriff des Unternehmers als zentrale Gestalt des Handelsgesetzbuches

a) Ansätze einer Erhebung des Unternehmensbegriffes zum kodifikatorischen Prinzip des Handelsrechts

Das aus dem ständischen Kaufmannsrecht des Mittelalters entwickelte Handelsrecht, das im AdHGB seine erste umfassende Kodifikation fand, machte die Zugehörigkeit eines Geschäftes zum Handelsrecht davon abhängig, ob es den in Art. 271 AdHGB enumerativ aufgeführten Handelsgeschäften zugeordnet werden konnte. An diesem Grundsatz hielten die Verfasser des HGB in § 1 des Gesetzes fest. Allerdings erkannten sie, daß die fortschreitende Entwicklung des Handels und der Wandel der Anschauungen des Verkehrs die Gefahr mit sich bringen würde, daß die vorgesehene Aufzählung der Grundhandelsgeschäfte willkürlich und hemmend sein könnte. Die Verfasser meinten, der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften beruhe "weniger auf einer besonderen Eigenthümlichkeit der

1) Vom 31.3.1953, BGBl I, 106

2) Vom 13.5.1976, BGBl I, 1197

3) Vgl. Th. Raiser, S. 171

einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammensetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwicklung erfordern und zugleich im Interesse aller Beteiligten eine gewisse Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers notwendig machen"¹⁾.

Da durch eine noch so umfassende Enumeration die Aufgaben des Gesetzgebers nicht gelöst werden konnten, beließ man es bei der Aufzählung der Grundhandelsgeschäfte in § 1 Abs. 2 HGB, auch deshalb, weil "bei den hauptsächlich in Betracht kommenden Betriebsarten" (außerhalb der in § 1 Abs. 2 genannten) "eine Abgrenzung gegenüber den kleineren Unternehmungen ... nötig sei".

Die durch § 1 HGB offen gelassene Lücke sollte durch § 2 des Gesetzes geschlossen werden. Die Gesetzesverfasser waren der Auffassung, die Eigenschaft als Kaufmann werde in dieser Vorschrift von der durch Art und Umfang des Unternehmens bedingten Betriebsweise abhängig gemacht²⁾. Diese Eigenschaft sei demjenigen Gewerbetreibenden zuzuerkennen, dessen Betrieb in kaufmännischer Weise geführt werde. Eine nähere Bestimmung dessen, was unter einem in kaufmännischer Weise geführten Betrieb zu verstehen sei, erachteten die Gesetzesverfasser für überflüssig³⁾. Es wurde aber betont, daß sich die Vorschrift nur auf gewerbliche Unternehmungen beziehe; eine auf Erwerb gerichtete Absicht sei zwingend erforderlich⁴⁾. Damit sollte verhindert werden, daß nicht auf Erwerb ausgerichtete Unternehmungen, wozu man z. B. die Freien Berufe rechnete, die Kaufmannseigenschaft erlangen könnten.

Die Vorschrift hätte es erlaubt, die Unternehmungen der Land- und Forstwirtschaft miteinzubeziehen, soweit sie einen entsprechenden Umfang aufweisen würden. Die Herausnahme der Land- und Forstwirtschaft aus

1) Materialien HGB, S. 192

2) Materialien HGB, S. 195

3) Vgl. Materialien HGB, S. 195

4) Vgl. Materialien HGB, S. 197

dem Bereich des Handelsrechts durch § 3 HGB alter Fassung wurde damit begründet, daß man von den Angehörigen dieser Erwerbszweige ein kaufmännisches Denken und Handeln nicht erwarten könne¹⁾. Hier setzte sich wieder das ständische Denken durch.

Raisch²⁾ hat nun aus dieser Vorschrift und dem Gedanken, daß Art und Umfang des Unternehmens die konstituierenden Merkmale einer zutreffenden Abgrenzung des Normadressatenkreises handelsrechtlicher Regeln seien, den Schluß gezogen, daß durch diese Vorschrift der Unternehmensbegriff partiell zum kodifikatorischen Prinzip für das gesamte Kaufmannsrecht des HGB erhoben worden sei³⁾. Damit hätte nach Auffassung von Raisch der Weg zu einem Unternehmensbegriff eröffnet werden können, "der alle privatrechtlichen Wirtschaftseinheiten sowie die privatrechtlichen Beziehungen öffentlicher Unternehmen erfaßt hätte"⁴⁾. Dieser Weg sei aber dadurch verbaut worden, daß

1) Vgl. Materialien HGB, S. 199.

2) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 123.

3) Wie Raisch W. Müller, S. 78. Dieser meint zudem, der Gesetzgeber habe durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern (vom 31.3.1953) dieses Prinzip nochmals betont. Dies dürfte zutreffend sein. Ausdrücklich genannter Zweck des Gesetzes war die Beseitigung der "Diskriminierung des Handwerks durch das HGB von 1896" (vgl. Verhandlungen des Bundestages, 1. Wahlperiode, 117. Sitzung, S. 4461), die Hereinnahme gewisser Handwerksbetriebe in die handelsrechtliche Stellung des Kaufmanns (vgl. 251. Sitzung, S. 12076). Man begründete die Vollkaufmannseigenschaft mit "Technisierung, neuen Betriebsformen, kapitalmäßigem Aufbau, Arbeit am Markt", alles Kriterien, die auf das Unternehmen, den Betrieb, zugeschnitten sind, nicht aber auf die Person des Inhabers. Ob dem Gesetzgeber dies auch bewußt war, kann den Gesetzesmaterialien nicht entnommen werden. Es ist aber eher das Gegenteil zu vermuten angesichts der Begründung des Gesetzesentwurfes über die Kaufmannseigenschaft von Land- und Forstwirten (vgl. Bundestags-Drucksache 7/3918, S. 6): "Der Schwerpunkt des Gesetzes liegt in dem Ziel, der Landwirtschaft den Zugang zur Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft zu eröffnen und dadurch die Kooperation in der Landwirtschaft zu erleichtern und zu fördern." Der Gesetzgeber kam damit zwar einer seit langem erhobenen Forderung nach (vgl. Lehmann: Grundfragen, S. 168; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 227 ff.) die Gesetzesbegründung täuscht aber darüber hinweg, daß die Zubilligung der Kaufmannseigenschaft weniger mit der hierdurch eröffneten Möglichkeit verstärkter Kooperation als vielmehr mit der rechtlichen Gleichstellung von Unternehmen zu tun hat.

4) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 123.

Rechtsprechung und Lehre nur dann eine Eigenschaft als "gewerblicher Unternehmer" im Sinne von § 2 HGB annehmen, wenn die Absicht der Gewinnerzielung nachweisbar war. Dem Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht sei vom Gesetzgeber klassifikatorische Bedeutung zugesprochen worden: Nur bei seinem Vorliegen seien die Voraussetzungen des "Gewerbebetriebes" zu bejahen¹⁾.

b) Die Absicht der Gewinnerzielung als ungeeignetes Merkmal zur Kennzeichnung des Unternehmens

An dem Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht hält die noch herrschende Meinung bis heute fest²⁾. Es trifft jedoch nicht zu, daß für den Begriff des Gewerbes - wie das Reichsgericht meinte³⁾ - "eine auf Gewinn gerichtete Tätigkeit wesentlich sei" oder das Streben nach Gewinn "begriffsnotwendiger Inhalt" der Tätigkeit eines Kaufmanns und eines Handelsgeschäfts ist⁴⁾. Raisch hat überzeugend nachgewiesen, daß die dem HGB vorausgegangenen Kodifikationen handelsrechtlicher Vorschriften die von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Definition des Gewerbebetriebes mit dem Gewinnstreben nicht enthielten. Auch die Denkschrift zum HGB weist in den Erläuterungen zu dem Entwurf des § 2 keinen eindeutigen Hinweis auf das Erfordernis des Gewinnstrebens auf; die Verfasser umschreiben lediglich in wenigen Worten, was unter einem in kaufmännischer Weise geführten Betrieb zu verstehen sei. Die von ihnen genannten Merkmale lassen nicht erkennen, daß das Gewinnstreben dem kaufmännischen Betrieb immanent sein muß⁵⁾.

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 123

2) Vgl. RGZ 37, 294, 297; 132, 367, 372; 138, 6, 16; BGHZ 33, 321, 325; 49, 258, 260, 66, 48, 49; Brüggenmann, in: Großkommentar HGB § 1 Anm. 6; Schlegelberger-Hildebrandt § 1 Rn. 23; Capelle/Canaris, S. 11; Hofmann, S. 27

3) RGZ 37, 294, 297

4) So z. B. BGHZ 36, 273, 276

5) Vgl. Denkschrift HGB, S. 8

In der zu § 196 BGB ergangenen Entscheidung BGHZ 33, 321 hat die Rechtsprechung aber erkennen lassen, daß eine Abkehr von dem klassifikatorischen Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht zu erwägen ist. Der Bundesgerichtshof bezog sich in dieser Entscheidung zwar auf die vom Reichsgericht¹⁾ aufgestellte Definition, vermutete die Absicht der Gewinnerzielung aber beim Vorhandensein einer Organisation von sachlichen Betriebsmitteln. Demnach wurde das Merkmal "gewerblich" von dem Umfang der technischen und kaufmännischen Gestaltung bestimmt, nicht aber aus einem Gewinnstreben gefolgt²⁾.

Eine differenzierte Betrachtung des Gewinnbegriffes in der modernen Betriebswirtschaftslehre, die Vermehrung und Differenzierung der öffentlichen Wirtschaft haben die Eignung des Merkmals Gewinnabsicht derart reduziert, daß selbst dann, wenn der handelsrechtliche Gewerbebetrieb ursprünglich eine berufsmäßige Tätigkeit mit der Absicht dauernder Gewinnerzielung erforderte, heute auf dieses Merkmal verzichtet werden kann³⁾. Dem Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht ist deshalb eine klassifikatorische Bedeutung nicht zuzusprechen⁴⁾.

c) Die Bestimmung des Unternehmerbegriffes im Hinblick auf die Interdependenz der Rechtsbegriffe Unternehmer und Unternehmung

Der Begriff des Unternehmers kann nicht losgelöst betrachtet werden von dem Tätigkeitsfeld des Unternehmers, dem Unternehmen. So, wie die Gestalt des Unternehmers dessen Unternehmen mitprägt, wird dieser durch die Unternehmung gekennzeichnet.

1) RGZ 38, 18, 20

2) W. Müller, S. 79

3) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt § 1 Anm. 1 B. Für den Bereich der Kreditinstitute ist dieses Merkmal - der Sache nach - seit langem aufgegeben, vgl. RGZ 116, 129; 127, 228.

4) Gierke/Sandrock, S. 114 f.; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 130; Schmidt, Handelsrecht, S. 212.

Soweit die Literatur sich mit dem Unternehmen als Anknüpfungspunkt rechtlicher, insbesondere handelsrechtlicher Bestimmungen beschäftigt hat, wurde die Wichtigkeit der menschlichen Persönlichkeit für die Gestaltung und Leitung des Unternehmens betont. Während bei Oppikofer¹⁾ das unpersönliche Moment mehr im Vordergrund steht, weisen insbesondere Brecher²⁾ und Hubmann³⁾ auf die Abhängigkeit des Unternehmens von der Persönlichkeit des Unternehmers, "von seinem Geist, der dem Bestand neue Impulse verleiht und es den Veränderungen des Wirtschaftslebens anpaßt"⁴⁾, hin. Hubmann beschreibt das Unternehmen als Gebilde, das ohne die ständige Entfaltung unternehmerischer Initiative und Entschlußkraft, ohne die vorausschauende Markterforschung, eine bloße Anhäufung toter Inventarstücke, Gerätschaften und Gebäude darstellt.

Dieser geschilderten Interdependenz von Unternehmer und Unternehmen könnte man allerdings entgegenhalten, daß bezüglich der Handelsgesellschaften und Formkaufleute eine derartige gegenseitige Prägung nicht ohne weiteres mehr nachgewiesen werden kann. Hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft stand, worauf bereits hingewiesen wurde, für die Gesetzesverfasser die personenrechtliche Verbindung im Vordergrund. Man ging davon aus, daß diese Personen der Gesellschaft die Gestalt geben würden. An diesem Bild hat sich bislang nichts Entscheidendes verändert⁵⁾.

1) S. 9 f., 20 f.

2) S. 122

3) S. 44

4) Brecher, S. 122

5) Die Tatsache, daß wir die Rechtsform der KG heute auch bei Gesellschaften mit einer sehr großen Zahl von Gesellschaften vorfinden (z. B. bei Beteiligungen an Abschreibungs- und anderen Fondgesellschaften), spricht m. E. nicht gegen diese Feststellung. Solche Gesellschaften weichen sicherlich erheblich vom Leitbild der KG ab. Der im HGB aufgezeigte Typus der KG nennt aber nicht eine geschlossene Anzahl konstituierender, sondern eine offene Vielzahl von "typischen" Merkmalen unterschiedlichen Gewichts; die grundsätzliche Vereinbarkeit dieser Gesellschaften mit den Vorschriften des HGB ist deshalb zu bejahen.

(zum Typusbegriff allgemein Larenz, Methodenlehre, S. 443 ff., vgl. auch Mühl, FS Fischer, S. 526).

Was die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrifft, so ist darauf zu verweisen, daß in den Kommissionsberatungen zum AdHGB umstritten war, ob der Aktiengesellschaft überhaupt die Eigenschaft einer rechtlich selbständigen juristischen Person zuzuerkennen sei¹⁾. Daß man sich schließlich entschied, diese Gesellschaftsform als selbständigen Rechtsträger anzuerkennen, bedeutet zwar gewissermaßen eine Abkehr von der Persönlichkeit des Unternehmers; die Zugehörigkeit des Rechts der Aktiengesellschaft zum privaten Handelsrecht wurde aber zunächst dadurch begründet, daß der Gegenstand des Unternehmens ein Handelsgeschäft sein mußte (Art. 207 AdHGB in der ursprünglichen Fassung). Die Gestaltung des Aktienrechts wurde Vorbild für das Recht der GmbH, das ebenfalls generell dieser juristischen Person den Charakter als Kaufmann und Handelsgesellschaft beilegte²⁾.

Die Verfasser des HGB hielten eine Überprüfung der sachlichen Berechtigung dieser Bestimmungen für nicht erforderlich³⁾.

d) Zwischenergebnis

Die bislang angestellten Überlegungen verdeutlichen, daß § 2 HGB entgegen der von den Gesetzesverfassern behaupteten Funktion eines Lückenfüllers tatsächlich ein kodifikatorisches Prinzip enthält. Nicht der Kaufmann allein, sondern der Unternehmer ist der Anknüpfungspunkt handelsrechtlicher Vorschriften. Die zentrale Frage dieser Arbeit, auf welchen Kreis von Normadressaten, insbesondere die §§ 25, 28, 243 bis 382 HGB, direkt oder analog Anwendung finden können, läßt sich daher zunächst folgendermaßen beantworten:

1) Vgl. Protokolle AdHGB Bd. 1, S. 153 ff., 274 ff.; Bd. 3, S. 1001 f.

2) Vgl. Nußbaum, ZHR Bd. 76, S. 327

3) Vgl. Denkschrift HGB, S. 19

Direkter Normadressat ist der Unternehmer, der die Kaufmannseigenschaft nach den §§ 1 bis 6 HGB erlangt hat. Analoge Anwendung können die Vorschriften zumindest auf diejenigen Unternehmer finden, die zwar nicht Kaufleute sind, aber die gleichen Merkmale wie der kaufmännische Unternehmer aufweisen. Daher sind im folgenden die den Unternehmer charakterisierenden einzelnen Merkmale zu entwickeln. Dabei ist darauf zu achten, daß diese Merkmale geeignet sein müssen, insbesondere den Normadressatenkreis der §§ 25, 28, 343 bis 382 HGB zu kennzeichnen. Außerdem muß überprüft werden, ob einem Merkmal, das bei Inkrafttreten des Gesetzes diese Funktion erfüllte, aufgrund einer möglicherweise gewandelten Normsituation, einer geänderten Betrachtungsweise, noch die ursprüngliche Bedeutung beizumessen ist.

IV. Kennzeichen des Rechtsbegriffes "Unternehmer"

1. Unverzichtbare Merkmale

Die Vielzahl der Merkmale, die zur Charakterisierung des "Unternehmers" geeignet erscheinen, lassen sich in unverzichtbare Merkmale und solche, auf die verzichtet werden kann, einteilen.

a) Selbständigkeit

Selbständigkeit ist eine unentbehrliche Voraussetzung. Dieses Merkmal unterscheidet den unselbständigen Arbeitnehmer vom Unternehmer. Jener leistet fremdbestimmte, dieser eigenbestimmte Arbeit. Der Unternehmer konzentriert sich auf die Verfolgung eigener Ziele; er ist nicht gezwungen, Pläne eines anderen Unternehmens zu fördern¹⁾.

Auf diese Selbständigkeit stellt das HGB ab, wie am Beispiel des Handelsvertreters gezeigt werden kann: Der Handelsvertreter ist Kaufmann (§ 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB). § 84 Abs. 1 HGB bestimmt aber, daß Handelsvertreter nur derjenige sein kann, der als selbständiger Gewerbetreibender mit Vermittlung und Abschluß von Geschäften betraut ist.

Auch aus den Vorschriften über den Handelsmakler (Kaufmann nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB) läßt sich das Erfordernis der Selbständigkeit herleiten. Gemäß § 99 HGB schulden beide Parteien, zwischen denen das Geschäft vermittelt wurde, den Maklerlohn je zur Hälfte; der Makler haftet beiden Parteien für durch ihn schuldhaft verursachten Schaden (§ 98 HGB). Beides wäre im Rahmen einer unselbständigen Tätigkeit nicht denkbar.

Ohne Einfluß auf diese handelsrechtliche Selbständigkeit ist eine rechtsgeschäftliche Beschränkung. Diese kann lediglich Auswirkungen auf die Wirksamkeit getätigter Geschäfte haben²⁾.

1) Krause, ZHR Bd. 105, S. 91; Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 182: Planungs- und Entscheidungsfreiheit als Indiz.

2) Vgl. Gierke/Sandrock, S. 110

b) Dauerhafte Betätigung

Die Planung der Tätigkeit muß auf eine gewisse Dauer ausgerichtet sein. Unzureichend wäre eine gelegentliche, nicht von einer einheitlichen Absicht umfaßte, vereinzelte Tätigkeit.

Dieses Merkmal klang bereits in den Beratungen zum AdHGB an¹⁾ und wurde schon in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts hervorgehoben²⁾. Ähnliche forderte Isay³⁾, daß der gewisse Fond von Produktionsmitteln - so die Bezeichnung des gegenständlichen Teils des Unternehmens durch den Autor - eine dauernde Verbindung eingegangen sein müßte. Hubmann⁴⁾ stellte das Merkmal einer dauernden geistigen Tätigkeit heraus; Krause⁵⁾ betonte, daß ein "gewerblicher Unternehmer" derjenige sei, der eine selbständige, dauernde Tätigkeit betreibe. Auch Raisch⁶⁾ und Sandrock⁷⁾ messen dem Gesichtspunkt der dauerhaften Betätigung entscheidende Bedeutung bei⁸⁾.

c) Anbietende Tätigkeit am Markt

Ein weiteres wichtiges Merkmal ist die anbietende Tätigkeit an einem Markt. Das Handelsrecht geht davon aus, daß die Geschäfte mit einer Vielzahl von Partnern abgeschlossen werden, daß Rechtsbeziehungen zu einem näher bestimmbareren Kreis von Personen bestehen. Der Unternehmer ist am Markt tätig, er wirbt nach außen um Kunden. Eine auf einen "inneren

1) Vgl. Protokolle AdHGB, S. 5050

2) Vgl. ROHG Bd. 3, S. 405, 407: wesentliches Kriterium sei "der ... auf den Abschluß von ganzen Reihen zusammengehöriger Handelsgeschäfte gerichtete Wille".

3) S. 46

4) S. 46

5) ZHR Bd. 105, S. 91

6) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 185 f.

7) Gierke/Sandrock, S. 109

8) S. zudem Schmidt, Handelsrecht, S. 51 f., 211 f.

Markt" gerichtete Tätigkeit (z. B. der ausschließliche Verkauf von Produkten einer Genossenschaft an deren Mitglieder) reicht nicht¹⁾. Anders als auf den "Außenmärkten" droht dem Anbieter in diesem Bereich keine Konkurrenz, ein Werben um den Interessenten ist nicht erforderlich.

Auch eine bloß nachfragende, d. h. eine ausschließlich auf die Befriedigung eigener Konsumbedürfnisse ausgerichtete Tätigkeit²⁾, reicht nicht aus³⁾, ganz gleich, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine private Nachfrage handelt. Der reinen Vermögensverwaltung fehlt der unternehmerische Einschlag. Anders stellt sich die Sachlage jedoch dar, wenn beispielsweise im Zusammenhang mit der Verwaltung von Wohnungen zugleich als Vermieter oder im Dienstleistungsgewerbe als Verwalter von Grundstücken an den jeweiligen Markt gegangen wird. Dann ist eine anbietende Tätigkeit festzustellen. Soweit Raisch⁴⁾ das Vorliegen von Angeboten über "wirtschaftlich werthafte Leistungen" fordert, dürfte damit in der Sache das Gleiche gemeint sein.

Eine wirtschaftliche Werthaftigkeit des Angebotes ist unabhängig von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Geschäfts zu beurteilen. Entscheidend ist allein, daß die Tätigkeit rechtsgeschäftlicher Art ist. Der Begriff des Unternehmers kann nicht dazu dienen, "gute" und "böse" Tätigkeiten zu trennen⁵⁾; die Unternehmereigenschaft kann nicht deshalb geleugnet werden, weil die getätigten Geschäfte privatrechtlich unwirksam sind⁶⁾.

-
- 1) Zweifelnd Schmidt, Handelsrecht, S. 209.
 - 2) Bei einer solchen Betätigung steht die Nachfrage nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer - meist nachfolgenden - anbietenden Tätigkeit am Markt; die Nachfrage ist daher nicht Teil einer wirtschaftlichen Betätigung.
 - 3) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 192.
 - 4) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 182; ähnlich W. Müller, S. 82 f.
 - 5) Vgl. Hofmann, S. 29 f.
 - 6) a.A. aber Brüggenmann, in Großkommentar HGB § 1 Anm. 12; Gierke/Sandrock, S. 109 f.; Wieland, S. 96. Es ist allerdings eine Scheinlösung, wenn zugleich die Auffassung vertreten wird (vgl. Gierke/Sandrock, a.a.O.), derjenige, der verbotene Geschäfte tätige und wie ein Kaufmann aufträte, sei nach den Regeln über den Scheinkaufmann zu behandeln.

d) Organisierte Einheit

Als entscheidendes Wesensmerkmal des Unternehmerbegriffes ist das Vorhandensein eines Mindestmaßes an einer organisierten Einheit, eines Mindestmaßes an sachlichen und persönlichen Mitteln anzusehen. Der Begriff der organisierten Einheit kennzeichnet die gegenständliche Seite des Unternehmens, die als "Tätigkeitsbereich"¹⁾ oder "Organisation von Arbeitskräften und Wirtschaftsgütern"²⁾ bezeichnet wird³⁾. Raisch⁴⁾ verwendet den Begriff der "organisierten Wirtschaftseinheit".

Allen diesen Erläuterungsversuchen liegt der Gedanke zugrunde, daß beim Unternehmer nicht die persönliche Leistung, sondern die Produktionsmittel und das Kapital oder fremde Arbeitskräfte im Vordergrund stehen, so daß die Leistung vornehmlich als solche des sachbezogenen Unternehmens erscheint⁵⁾ bzw. sich die Arbeit des Unternehmers typischerweise in organisierten, arbeitsteiligen Formen vollzieht und sich der Unternehmer zur Ausübung seiner Produktionstätigkeit fremder Hilfskräfte und sachlicher Hilfsmittel bedient⁶⁾.

Raisch ist zuzugeben, daß das Vorhandensein eines von einem Dritten, dem Kunden, äußerlich wahrnehmbaren, organisatorischen Gebildes für die Annahme eines Unternehmens unverzichtbar ist. Das Bestehen eines Kundenstammes allein genügt nicht. Allerdings wird man nicht zu hohe Anforderungen an den Umfang der sachlichen und persönlichen Mittel stellen dürfen, ein Mindestmaß an Organisation sollte genügen.

Das Merkmal "organisierte Wirtschaftseinheit" kann nicht dazu dienen, eine Abgrenzung zu dem Bereich der freien Berufe zu schaffen⁷⁾. Das HGB erkennt auch solchen Unternehmern die Kaufmannseigenschaft zu, in deren Unternehmen die persönliche Leistung nicht maßgeblich von der Unternehmensleistung überdeckt wird. Erinnert sei nur an den Handelsvertreter

1) J. v. Gierke, ZHR Bd. 111, S. 12 f.

2) Oppikofer, S. 9.

3) Vgl. auch Hubmann, S. 49, der das Vorhandensein einer Produktions- und Absatzorganisation hervorhebt.

4) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 183; zustimmend Krause, ZHR Bd. 130, S. 205.

5) Gierke/Sandrock, S. 115.

6) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 183.

7) So aber Gierke/Sandrock, S. 115.

oder den Handelsmakler. Beide verfügen zwar über Kapital und Arbeitskräfte, entscheidend ist aber oftmals der persönliche Einsatz des Inhabers selbst, so daß die organisierte Wirtschaftseinheit dann primär dazu dient, die persönliche Leistung wirkungsvoller und intensiver zu gestalten.

Zweifellos ist nicht jeder freiberuflich Tätige ein Unternehmer. Es sind aber zahlreiche freiberufliche Tätigkeiten denkbar, bei denen die organisierte Einheit ein eigenes Gewicht gewinnt. Als Beispiele wären zu nennen: der Architekt, der mit einem Stab von Mitarbeitern eine Vielzahl von Projekten abwickelt; Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (soweit sie nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, ihr Unternehmen in die Rechtsform einer juristischen Person zu kleiden), die eine Anzahl von Steuergehilfen und Bürokräften beschäftigen; der Arzt, der ein eigenes größeres Labor mit zahlreichen Angestellten unterhält, und andere mehr. In diesen Fällen wird die Tätigkeit durch die persönlichen und sachlichen Organisationsmittel geleistet; die persönliche Leistung wird in nicht unwesentlicher Form durch die organisierte Einheit ergänzt. Von einer rein persönlichen Leistung kann nicht mehr gesprochen werden. Es handelt sich um Berufe mit "unternehmerischem Einschlag"¹⁾, so daß keine Bedenken bestehen, die hier Tätigen als Unternehmer anzusehen.

Entgegen Raisch sollte aber die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften auf diese Freiberufler nicht davon abhängig gemacht werden, daß die jeweilige Norm (auch) auf diese berufliche Tätigkeit zugeschnitten ist²⁾. Es trifft zwar zu, daß beispielsweise das Versprechen einer Vertragsstrafe und die Übernahme einer Bürgschaft nicht zu der üblichen Berufstätigkeit eines Arztes gehört (wobei aber in solchen Fällen, in denen der Arztpraxis ein größeres Labor mit aufwendigen und umfangreichen Einrichtungen angegliedert ist, der Arzt auch für Kollegen Laborarbeiten durchführt, die Üblichkeit anders beurteilt werden könnte). Das HGB differenziert selbst nicht innerhalb des genuinen Normadressatenkreises

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 214

2) Vgl. Raisch, a.a.O., S. 213.

danach, ob der jeweilige Normzweck auf alle Arten von Kaufleuten zutrifft. Es besteht kein Grund, eine solche Differenzierung im Hinblick auf den Unternehmer vorzunehmen.

2. Überflüssige Merkmale

Neben diesen unverzichtbaren Merkmalen, deren Notwendigkeit wohl unbestritten ist, gibt es solche, die für eine Kennzeichnung des handelsrechtlichen Unternehmers richtigerweise nicht erforderlich sind.

a) Gewinnabsicht

Im Regelfall liegt zwar bei privaten Unternehmen Gewinnabsicht vor; bei öffentlichen Unternehmen spielt sie dagegen allenfalls eine untergeordnete Rolle. Raisch¹⁾ hat zutreffend darauf hingewiesen, daß auch in privater Rechtsform betriebene Unternehmen, z. B. eine Stiftung, größere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit oder Genossenschaften ohne Erwerbszweck, ohne die Absicht einer Gewinnerzielung betrieben werden können, gleichwohl aber Kaufleute kraft Gesetzes sind bzw. zahlreichen Normen des HGB unterstellt werden²⁾.

Entgegen einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht³⁾ ist das Merkmal der Gewinnabsicht nicht geeignet, den Unternehmer im Sinne des Handelsrechts zu kennzeichnen. Auf dieses Merkmal kann, wie oben⁴⁾ bereits dargelegt wurde, verzichtet werden.

1) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 187

2) Vgl. §§ 16 Vers.aufs.G., 17 GenG

3) z. B. Isay, S. 46; Krause, ZHR Bd. 105, S. 91; Wieland, S. 145

4) Vgl. S. 69 f.

b) Kapitalwagnis

Diejenigen Autoren, die die Eigenschaft als Unternehmer vom Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht abhängig machen, halten darüber hinaus häufig das Vorhandensein eines Kapitalwagnisses im Zusammenhang mit dem eingesetzten Kapital für unumgänglich. Nur derjenige ist nach dieser Auffassung Unternehmer, der ein "Risikomoment" auf sich nimmt, also im Falle eines Scheiterns des Unternehmens den finanziellen Verlust oder doch dessen Gefahr trägt¹⁾. Demgegenüber steht Raisch²⁾ auf dem Standpunkt, im Gegensatz zur Situation im 18. und 19. Jahrhundert, als der Inhaber eines Unternehmens tatsächlich noch sein Kapital wagte, fielen heute oftmals "Risikoträger" und "Risikogestalter" auseinander, so daß denjenigen, der ein Unternehmen betreibe, nicht mehr die Gefahr des Verlustes seines eigenen Vermögens treffe.

Dieser Überlegung ist Krause³⁾ entgegengetreten. Er hält das Merkmal des Kapitalrisikos für unverzichtbar. Krause meint, die Tatsache, daß in zahlreichen Fällen das Wagnis gleich Null sei, könne als reiner Quantitätsgesichtspunkt nicht sinnvoll verwendet werden. Das Risikomoment ist für ihn ein qualitatives Merkmal, das zur Abgrenzung gegen die Freien Berufe einige Dienste leisten könne.

Krause ist zuzugeben, daß die Frage, ob das Kapitalwagnis den Unternehmer kennzeichnet, nicht nach Quantitätsgesichtspunkten beurteilt werden kann. Krause erkennt aber, daß dem "Risikomoment" im Sinne von Wieland eine besondere, qualitative Bedeutung nicht beizumessen ist. Zum einen kann das Kapitalwagnis mancher Unternehmer, die das HGB ausdrücklich zum Kaufmann macht, auf ein geringes Maß reduziert werden. Zu denken ist hier an den Handelsvertreter, den Handelsmakler oder auch den Kommissionär. Daß die Gesetzesverfasser ihnen ohne Einschrän-

1) Vgl. Isay, S. 45; Wieland, S. 143 ff.

2) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 188 f.; ihm folgend W. Müller, S. 88 f.

3) ZHR Bd. 130, S. 201 ff.

kung die Kaufmannseigenschaft zubilligen, läßt vermuten, daß die Frage des Risikomomentes auch für den Gesetzgeber nicht von entscheidender Bedeutung war. Zum anderen hat der von Krause¹⁾ nachgewiesene Dreiklang von Persönlichkeit, Eigentum und Haftung als der Basis des Handelsrechts zur Zeit der Kodifikation des HGB inzwischen ohne Zweifel einen Wandel erfahren. Der Unternehmer bevorzugt heute mehr und mehr rechtliche Konstruktionen für sein Unternehmen, die die Durchsetzung seines Willens gewährleisten, das Maß der Haftung, das Kapitalrisiko, aber soweit als möglich reduzieren.

Und schließlich kann das "Risikomoment" nicht dazu dienen, den Unternehmer von den freiberuflich Tätigen abzugrenzen. Auch die von diesen eingesetzten Mittel können von so großem Wert sein, daß ihr Einsatz ein Kapitalrisiko darstellt. Das Merkmal des Kapitalwagnisses ist daher nicht geeignet, den handelsrechtlichen Unternehmer zu kennzeichnen.

c) Fachkenntnisse

Zum Teil wird in der Literatur die Auffassung vertreten, der Unternehmer müsse über ein gewisses Fachwissen verfügen, das ihm die Fähigkeit gebe, "Risiken zu überschauen" und "zweckentsprechend zu verteilen"²⁾.

Einen dies bestätigenden Anhaltspunkt im Gesetz könnte man möglicherweise den §§ 347 und 377 HGB entnehmen. Jedoch setzen diese Vorschriften, soweit sie dem Normadressaten Pflichten auferlegen, nicht voraus, daß dieser auch das zur Erfüllung notwendige Wissen besitzt. § 347 HGB, der die Sorgfalt eines "ordentlichen Kaufmanns" fordert, nennt einen Idealtypus des Kaufmanns, den das HGB nirgends mehr beschreibt, so

1) Vgl. Unternehmer und Unternehmung, S. 8

2) Wieland, S. 152.

wenig wie das BGB den gewöhnlichen ordentlichen Verkehrsteilnehmer im Sinne von § 276 Abs. 1 Satz 2. Wenngleich § 347 HGB dem Unternehmer auch eine bestimmte Kenntnis ansinnt, so wird doch seine Behandlung als Adressat handelsrechtlicher Normen nicht von dem tatsächlichen Vorhandensein abhängig gemacht.

Ähnliches ist bei § 377 HGB festzustellen. Der Empfänger ist gehalten, die Ware, soweit nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgang tunlich, auf ihre Fehlerfreiheit hin zu untersuchen. Er darf nicht abwarten, ob sich bei bestimmungsgemäßer Verwendung ein Mangel zeigt. Das Gesetz unterstellt zwar das Vorhandensein eines bestimmten Berufs- oder Fachwissens. Es macht die Untersuchungs- und Rügepflicht aber nicht von dessen tatsächlichen Vorliegen abhängig.

Richtigerweise beurteilt sich auch die Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 HGB nicht nach dem "Vorhandensein", sondern nach dem "Erfordernis" eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes. Das Vorhandensein von Fachwissen kann daher zwar ein Indiz dafür bilden, daß es sich um einen Unternehmer handelt; als klassifikatorisches Merkmal ist es jedoch nicht geeignet¹⁾.

3. Zusammenfassung

Faßt man diese Überlegungen zusammen, so läßt sich der "Unternehmer" folgendermaßen kennzeichnen:

Unternehmer im Sinne handelsrechtlicher Vorschriften ist eine Person, die selbständig und dauerhaft unter Zuhilfenahme einer organisierten Einheit eine anbietende Tätigkeit an einem Markt entfaltet.

1) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 192.

Diese Definition erübrigt eine Differenzierung zwischen "Voll"-Unternehmer und "Minder"-Unternehmer, wie sie das Handelsgesetzbuch für den Kaufmann in § 4 HGB vornimmt. Die Person, die die Qualifikationsmerkmale des Unternehmers erfüllt, ist unbeschadet der Art oder des Umfangs des von ihr betriebenen Unternehmens als Unternehmer im Sinne dieser Begriffsbestimmung anzusehen. Einem "Minder"-Unternehmer fehlt die als Merkmal herausgearbeitete "organisierte Einheit", die zur Entfaltung einer nachhaltig anbietenden Tätigkeit am Markt benötigt wird. Der "Minder"-Unternehmer ist nicht Adressat handelsrechtlicher Vorschriften.

V. Zwischenergebnis

Eine Zusammenfassung der bis hierhin gewonnenen Ergebnisse führt zu folgenden Feststellungen:

Der Normadressatenkreis handelsrechtlicher Vorschriften läßt sich im Wege einer Auslegung des Kaufmannsbegriffes nicht erweitern. Die Einbeziehung anderer als kaufmännischer Personen kann daher nur in der Weise erfolgen, daß die relevanten Vorschriften des HGB auf den außerhandelsrechtlichen Sachverhalt angewendet werden. Wir haben weiter Anlaß zu der Vermutung, daß die Figur des Unternehmers, wie wir sie oben näher beschrieben haben, ebenfalls in weiten Bereichen des Handelsgesetzbuches Bezugsobjekt der einzelnen Normen sein soll.

Die Annahme bedarf der Nachprüfung. Im nächsten Abschnitt der Arbeit werden deshalb verschiedene Bestimmungen aus dem Bereich des 1. und 3. Buches daraufhin untersucht, ob sie von Sinn und Zweck her nicht (nur) den Kaufmann, sondern vielmehr (auch) den Unternehmer als Normadressaten ansprechen wollen. Kommen wir zu der Erkenntnis, daß dem so ist, so besteht Anlaß zu der Schlußfolgerung, daß sämtliche Vorschriften aus dem Bereich des 1. und 3. Buches, soweit sie nicht öffentlich-rechtlichen Charakter tragen, oder an Förmlichkeiten anknüpfen, die eine Einbeziehung von Nichtkaufleuten zwingend ausschlie-

ßen (z. B. Registereintragung), auf den Unternehmer bezogen, zugeschnitten und deshalb dessen Rechtshandlungen auf der Grundlage des HGB zu beurteilen sind.

Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, nun sämtliche Normen einer Beurteilung zu unterziehen. Für die Bestimmungen der §§ 383 ff. HGB besteht dazu auch kein Anlaß, da die Abschnitte III bis VII des 3. Buches die Besonderheiten einzelner Geschäftszweige, die typischerweise vom Kaufmann bzw. Unternehmer betrieben werden, regeln und eigentlich nur deshalb Aufnahme in das HGB gefunden haben.

Im übrigen wird versucht, solche Vorschriften zur Prüfung heranzuziehen, die neben ihrer großen Bedeutung an sich in der täglichen Praxis auch häufig zur Anwendung gebracht werden und damit - sofern sich unsere Vermutung bestätigt - die analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften bei einer Vielzahl von Rechtsgeschäften erforderlich machen.

Anhand der Entstehungsgeschichte, mit Hilfe von Stellungnahmen aus Rechtsprechung und Literatur, ist zu ergründen, ob Sinn und Zweck der Vorschriften tatsächlich eine Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff der §§ 1 ff. HGB fordern, oder ob nicht vielmehr - sofern die jeweils untersuchte Norm überhaupt richtigerweise ihre Einordnung in das HGB erfahren hat - der Unternehmer als von Sinn und Zweck her richtiger und gewollter Normadressat anzusehen ist.

D. DRITTER HAUPTTEIL:

Untersuchung einzelner Vorschriften des HGB

I: Übernahme eines Unternehmens unter Lebenden

Eintritt als Gesellschafter in ein Einzelunternehmen

(§§ 25 und 28 HGB)

Fallbeispiele:

- a) Steuerberater S1, der eine gutgehende Steuerkanzlei mit zahlreichen Mitarbeitern betreibt, möchte sich zur Ruhe setzen und sein Unternehmen deshalb an Steuerberater S2, der bisher bei ihm im Angestelltenverhältnis tätig war, veräußern. Haftet S2 im Falle des Erwerbes auch ohne besondere Erklärung für alle im Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten? Gehen die Forderungen des Unternehmens auf ihn über?
- b) S1 hat seine Ruhestandspläne einstweilen fallen gelassen. Er will aber mit S2 als Partner eine Sozietät begründen. Haftet diese Gesellschaft ohne besondere Erklärung für alle im Unternehmen von S1 begründeten Verbindlichkeiten? Gehen dessen Forderungen von selbst auf die Gesellschaft über?

1. Vorbemerkung

Die Mehrzahl der Vorschriften, die die geschäftliche Tätigkeit von Unternehmen und deren Inhaber reglementieren, finden sich im Bereich des 3. Buches des HGB. Aber auch das 1. Buch enthält Bestimmungen, die eine Überprüfung nahelegen, ob der Normadressatenkreis durch die gesetzliche Bezugnahme auf den Kaufmannsbegriff im Sinne der §§ 1 ff. HGB richtig und zweckmäßig gewählt ist¹⁾.

-
- 1) Das Problem der Erstreckung handelsrechtlicher Vorschriften auf Nichtkaufleute ist deshalb nicht, wie dies bei Canaris (Capelle/Canaris, S. 94) anklingt, lediglich eine Frage des Rechts der Handelsgeschäfte, sondern ein allgemeines Problem des möglichen Wandels zu einem Unternehmens(privat-)recht.

Die Tragweite der in den §§ 25 und 28 HGB enthaltenen Regelungen und die immer noch kontrovers geführte Diskussion um Norminhalt und Normzweck¹⁾, die auch die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Normadressaten erfaßt, geben Anlaß, sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit mit diesen Normen zu befassen.

Die Ausführungen in diesem Kapitel sollen Aufschluß über die Frage bringen, ob die beiden Vorschriften nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein kaufmännisches Unternehmen vom Erwerber fortgeführt wird bzw. eine Person in ein solches Unternehmen eintritt, oder ob die Normen auch Geltung beanspruchen können, wenn es sich um ein nichtkaufmännisches Unternehmen handelt, mit anderen Worten, wenn der Inhaber zwar Unternehmer in dem oben definierten Sinne ist, jedoch die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft nicht erfüllt.

Bestimmungen über die Folgen eines Inhaberwechsels oder Hinzutretens einer weiteren Person im Hinblick auf unternehmensbezogene Vertragsverhältnisse sind im BGB nicht enthalten. § 613a BGB befaßt sich lediglich mit den arbeitsrechtlichen Konsequenzen eines Inhaberwechsels, eine Möglichkeit zur Verallgemeinerung besteht nicht. § 419 BGB findet nur Anwendung, wenn das übertragene Unternehmen das Gesamtvermögen des Veräußerers bildet; zudem wird die Haftung auf das übernommene Vermögen beschränkt, ein Haftungsausschluß ist - im Gegensatz zu §§ 25, 28 HGB - jedoch nicht zulässig.

Da die §§ 25 und 28 von einem Handelsgeschäft bzw. dem Geschäft des Einzelkaufmanns sprechen, kommt nach den Ergebnissen, die im methodischen Teil der Arbeit gewonnen wurden, eine Einbeziehung nichtkaufmännischer Unternehmungen im Wege der Auslegung nicht in Betracht. Es muß daher untersucht werden, ob im Wege der Analogie eine Erweiterung des Normadressatenkreises herbeigeführt werden kann. Damit stellt sich zunächst die Frage nach der ratio legis beider Regelungen.

1) Vgl. aus neuerer Zeit insbes. Heckelmann, FS. Bartholomeyczik; Lieb, FS. Westermann; Säcker ZGR 1973, S. 261 ff.; Schmidt ZHR Bd. 145, S. 2 ff. und Handelsrecht, S. 157 ff.; Waskönig, Diss. jur., 1979.

2. Die Diskussion um den Normadressaten in Rechtsprechung und Literatur

a) Entstehungsgeschichte der Vorschriften

§ 25 wie § 28 haben keine gesetzlichen Vorläufer.

Die Verfasser des HGB konnten nicht auf eine anderweitige Kodifizierung zurückgreifen. Das Problem der Erwerberhaftung war zwar seit fast einem Jahrhundert Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erörterungen, jedoch von der Doktrin des gemeinen Rechts noch nicht vollständig gelöst worden¹⁾. Während das AdHGB für einen in eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft eintretenden Gesellschafter Haftungsregelungen enthielt, ließ jenes Gesetz die Frage einer Schuldenhaftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts oder desjenigen, der als Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt, offen²⁾.

Die Verfasser der Denkschrift zum Entwurf eines HGB³⁾ konstatierten, die Beratungen in der Kommission zur Schaffung des AdHGB hätten insoweit zu keinem Ergebnis geführt; da "auch Rechtsprechung und Wissenschaft ... in dieser wichtigen Frage zu völlig sicheren Ergebnissen nicht gelangt (seien), erscheint eine gesetzliche Regelung ... geboten"⁴⁾, und zu § 28⁵⁾ findet sich der Hinweis, daß, nachdem eine Regelung für die vollständige Geschäftsübernahme (§ 25) und eine solche für den Beitritt zu einer Personengesellschaft des HGB (vergl. §§ 130, 173) getroffen worden sei, auch der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eine Reglementierung erfahren müsse⁶⁾.

1) Vgl. Heckelmann, FS Bartholomeyczik, S. 138 mit Fn. 42, 43.

2) Vgl. Heckelmann, a.a.O.

3) Denkschrift, S. 218, betr. § 24 des Entwurfes eines HGB, endgültige Fassung § 25 des Gesetzes.

4) Materialien HGB, S. 218

5) Entspricht § 27 des Entwurfes

6) Vgl. Materialien HGB, S. 220

Keine Stellungnahme enthält die Denkschrift zu der Frage, ob die Einordnung der beiden Vorschriften in das HGB und damit die - nach dem System des Gesetzes zwangsläufige - Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff der Regelungsabsicht des Gesetzgebers gerecht wurde. Es findet sich lediglich der Hinweis¹⁾, daß mit den Bestimmungen an ein "feststehendes Handels-Gewohnheitsrecht" angeknüpft werden soll.

b) Der unterschiedliche Regelungsgehalt der Bestimmungen

Rechtsprechung und Literatur haben sich bislang nur am Rande mit der Frage befaßt, ob der Normadressatenkreis der §§ 25 und 28 HGB sachgerecht gewählt ist oder ob vielleicht eine Ausdehnung auch auf den nichtkaufmännischen Bereich, insbesondere auf jeden Träger eines Unternehmens, wie wir ihn in dem vorangegangenen Abschnitt qualifiziert haben, angezeigt ist. Im Mittelpunkt der Diskussion stand und steht die Frage nach der ratio legis der beiden Vorschriften, aus der Rückschlüsse auf den sachgemäßen Normadressatenkreis gezogen werden könnten.

Eine einheitliche oder doch herrschende Auffassung läßt sich weder hinsichtlich § 25 noch bei § 28 HGB feststellen. Es gibt statt dessen eine Vielfalt von Theorien²⁾. Übereinstimmung besteht - von einigen wenigen Stimmen abgesehen - in der ansonsten kontrovers geführten Normzweckdiskussion allerdings dahingehend, daß den §§ 25 und 28 HGB eine unterschiedliche ratio legis innewohne, sie heterogene Regelungen seien³⁾. Eine einheitliche Betrachtung beider Vorschriften wird insbesondere im Hinblick auf den unterschiedlichen Wortlaut abgelehnt.

1) Vgl. Materialien HGB, S. 219, letzter Absatz.

2) Vgl. die Übersicht bei Säcker, ZGR 1973, S. 266 ff., sowie bei Schmidt, ZHR Bd. 145, S. 8 ff. und Handelsrecht, S. 159 ff.

3) So z.B. Hofmann, S. 141; Lieb, FS. Westermann, S. 310; Säcker ZGR 1973, S. 280.

§ 25 HGB, der die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes regelt, bestimmt in seinem Absatz 1 Satz 1, daß diese Haftung dann eintritt, wenn das Geschäft fortgeführt und die bisherige Firma im wesentlichen beibehalten wird. Nach dem Wortlaut der Bestimmung sind also zwei Kriterien entscheidend: die Fortführung des Geschäftes und die Beibehaltung der Firma des bisherigen Geschäftsinhabers.

Anders § 28 HGB, der den Fall des Eintritts in ein einzelkaufmännisches Unternehmen und die damit verbundene Umwandlung in eine Handelsgesellschaft regelt. Gemäß Abs. 1 Satz 1 haftet die - neu entstehende - Gesellschaft für die in dem Geschäft des bisherigen Einzelkaufmanns begründeten Verbindlichkeiten, auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt.

c) Rückführung beider Vorschriften auf ein einheitliches Regelungsprogramm?

Beide Normen ordnen einen Haftungsübergang an, wenn ein Handelsgeschäft auf einen anderen Inhaber zum Zweck der Fortführung übergeht. Da jedoch nur § 25 HGB neben der Geschäftsfortführung die Beibehaltung der Firma fordert, liegt es nahe, den beiden Regelungen einen unterschiedlichen Normzweck zuzumessen¹⁾.

Gegen diese differenzierende Betrachtungsweise, die es mit sich bringt, daß die Frage nach dem richtigen Normadressatenkreis in jedem Fall für beide Vorschriften gesondert zu überprüfen ist, sind in jüngster Zeit Bedenken geltend gemacht worden. Insbesondere Waskönig²⁾ und Schmidt³⁾ vertreten die Auffassung, daß nur eine Einheitsbetrachtung, die Annahme eines einheitlichen Regelungsprogrammes, geeignet sei, den Normzweck

1) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt § 25 Anm. 1A und § 28 Anm. 1A + D; Capelle/Canaris, S. 42; Hofmann, S. 143; auch Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan § 28 Rn. 1.

2) S. 45 ff.

3) ZHR Bd. 145, S. 134 ff.; Handelsrecht, S. 163 ff.

beider Vorschriften offenzulegen. Nach Schmidt sollen beide Vorschriften "die Nichtrechtsfähigkeit des Unternehmens kompensieren. Sie sollen dafür sorgen, daß Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse, die zum Unternehmen gehören, auch im Falle des Unternehmerwechsels dem jeweiligen Unternehmensträger zugewiesen bleiben". § 25 HGB stellt nach Meinung von Schmidt "eine vom Gesetzgeber unsachgemäß unter die firmenrechtlichen Regeln eingeordnete Haftungsvorschrift" dar¹⁾. Das Merkmal der Firmenfortführung bei § 25 HGB kann demnach vernachlässigt werden, und konsequenterweise gelangt Schmidt zu dem Ergebnis, daß die §§ 25 und 28 HGB, die nach seiner Meinung die Nicht-Rechtsfähigkeit des Gebildes "Unternehmen" kompensieren sollen, für alle Unternehmen, nicht bloß für kaufmännische oder vollkaufmännische Unternehmen, gelten müssen²⁾.

Das Ergebnis scheint zu überzeugen, führt es doch zu einer Beseitigung der fragwürdigen Differenzierung zwischen kaufmännischem und nicht-kaufmännischem Unternehmen. Fraglich ist jedoch, ob dem von Schmidt gewählten Lösungsweg bedenkenlos gefolgt werden kann. Auf den Wortlaut der Vorschriften oder den zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers läßt sich das Ergebnis zweifellos nicht stützen. Schmidt räumt dies ohne weiteres auch ein³⁾, meint aber, das Bestreben müsse sein, "dem objektiven Normzweck, nicht dem Buchstaben des Gesetzes, zu gehorchen"⁴⁾. Folglich läßt er auch dahingestellt, welcher rechtsmethodische Weg (extensive Auslegung oder Analogie) zu dem von ihm genannten Ergebnis führt.

1) Schmidt, Handelsrecht, S. 163 f.

2) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 164

3) Vgl. seine Ausführungen a.a.O., S. 158, 163

4) a.a.O., S. 164.

d) Notwendigkeit einer getrennten Normzweckuntersuchung

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, sich umfassend mit den verschiedenen, den "richtigen" Normzweck begründenden Theorien, die zu den §§ 25 und 28 HGB entwickelt wurden, zu beschäftigen und möglicherweise noch einen eigenen Deutungsversuch hinzuzufügen. Die Frage, ob die genannten Bestimmungen nur im kaufmännischen Bereich Anwendung finden können oder aber auch bei der Übernahme eines nichtkaufmännischen oder dem Eintritt in ein nichtkaufmännisches Unternehmen Geltung beanspruchen dürfen, macht es jedoch erforderlich, sich mit der ratio legis zu befassen, also auch zunächst eine solche näher zu ergründen.

Die Herausarbeitung des Normzwecks muß jedoch - entgegen Schmidt - getrennt erfolgen¹⁾. Schmidt macht es sich allzu leicht, wenn er ausführt, den richtigen Normzweck der §§ 25 und 28 könne man nur erfassen, wenn man beide Vorschriften nicht getrennt, sondern als einheitliches Konzept betrachtet²⁾. Seine Annahme, beide Normen seien Ausdruck ein und desselben Gedankens, nämlich "der Kontinuität von Rechtsverhältnissen, insbesondere der Haftungskontinuität beim Unternehmenswechsel"³⁾, folglich müsse eine Einheitsbetrachtung durchgeführt werden, präjudiziert schon die Antwort auf die Frage nach der ratio legis. Es

1) Die Trennung hat allerdings nicht zwingend zur Folge, daß jede der beiden Normen in gesonderten Abschnitten und unabhängig voneinander zu überprüfen ist. Es liegt vielmehr nahe, die Untersuchung zusammenzufassen. Hierfür sind 2 Gründe maßgebend: zum einen legt die Tatsache, daß beide Regelungen im gleichen Abschnitt des HGB (demjenigen über die Handelsfirma) in unmittelbarer Nähe zueinander angesiedelt sind, die Annahme nahe, daß beide Normen ähnliche Regelungsabsichten aufweisen könnten (zur entgegenstehenden Ansicht von Säcker, ZGR 1973, S. 261, 280, wonach § 28 HGB "systematisch einen Fremdkörper im Abschnitt über die Handelsfirma bildet" und stattdessen in engem Zusammenhang mit §§ 180, 173 HGB zu sehen sei, ist im folgenden noch Stellung zu nehmen); zum anderen versuchen die verschiedenen Theorien, die in der Literatur zur Ermittlung der ratio legis entwickelt wurden, den Nachweis zu führen, daß die §§ 25, 28 HGB zumindest sehr ähnliche Regelungsgedanken aufweisen. Da eine Auseinandersetzung mit diesen Theorien nicht ausgespart werden kann, liegt es nahe, die Suche nach der ratio legis der jeweiligen Norm miteinander zu verknüpfen.

2) Schmidt, Handelsrecht, S. 163

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 159

mag durchaus sein, daß der Mangel der fehlenden Rechtssubjektivität des Unternehmens einen Rechtsgrundsatz der Kontinuität der Haftungs- und Rechtsverhältnisse erfordert¹⁾. Daß die §§ 25 und 28 HGB Ausdruck dieses Rechtsgrundsatzes sind, folglich also immer im Zusammenhang gesehen werden müssen²⁾, bedarf aber erst eines Nachweises, nicht zuletzt wegen der nur in § 25 HGB enthaltenen Anknüpfung der Haftung an den Tatbestand der Firmenfortführung.

Diese methodische Ungenauigkeit vermeidet die umfangreiche Untersuchung von Waskönig³⁾. Der Verfasser kommt zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, daß nur eine - im wesentlichen - einheitliche Betrachtung dem Sinngehalt beider Vorschriften gerecht wird. Anders als Schmidt gelangt Waskönig zu diesem Ergebnis erst nach eingehender Auseinandersetzung mit den verschiedenen Möglichkeiten bzw. Theorien der Normzweckdeutung und der daraus resultierenden Feststellung, daß die "richtige" ratio legis bei beiden Vorschriften übereinstimmt.

1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 158.

2) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 158

3) Rechtsgrund und Tragweite der §§ 25, 28 HGB, Diss. jur. 1979.

3. Norminhalt und Normzweck der §§ 25 und 28 HGB

a) Interpretationsansätze der Literatur

aa) Erklärungstheorie

Nach der Erklärungstheorie ist der Eintritt der im Gesetz genannten Rechtsfolgen sowohl bei § 25 als auch bei § 28 HGB auf eine Willenskundgabe des Erwerbers des Handelsgeschäfts bzw. der entstandenen Gesellschaft (oHG, KG) zurückzuführen. Dieser Deutungsversuch, den seit Schaffung des HGB eine Reihe von Autoren unternommen haben¹⁾, wird heute hauptsächlich wieder von Säcker²⁾ vertreten. Für Säcker wird typisches soziales Verhalten, nämlich die Übernahme des Unternehmens mit Firma, durch eine zwingende Auslegungsregel stabilisiert. Die Norm "vertyp" den rechtstatsächlichen Regelfall der Übernahme der Alt-schulden durch Erwerber und Erben im Falle der Firmenfortführung dahin, daß der Erwerber oder Erbe durch Firmenfortführung konkludent seine Bereitschaft zur Haftung für die Altschulden erklärt³⁾.

Die Norm hat damit die Wirkung einer - allerdings abdingbaren - Auslegungsregel⁴⁾. Die Auffassung Säckers stößt auf erhebliche Bedenken. Grundlegend ist für ihn die Existenz einer sozial-typischen Schuldbeitrittserklärung⁵⁾. Es ist aber sehr fraglich, ob wirklich jeder Übernehmer eines Handelsgeschäfts, der die bisher geführte Firma beibehält, etwas - und zwar einen Schuldbeitritt - erklären will⁶⁾.

-
- 1) Koenige-Teichmann-Koehler § 25 Anm. 3; Lehmann-Ring § 25 Anm. 8; Ritter § 25 Anm. 3; auch Hämmerle, S. 154 und K. Lehmann, Handelsrecht, S. 118.
 - 2) ZGR 1973, S. 261 ff.
 - 3) Säcker, a.a.O., S. 276.
 - 4) Konsequenterweise muß Säcker daher auch § 28 HGB, der gerade nicht (jedenfalls dem Wortlaut nach) auf die Firmenfortführung abstellt, von diesem Lösungsansatz ausnehmen und zu einem Fall "antizipierter Gesellschafterhaftung" erklären (a.a.O., S. 280; vgl. hierzu die Kritik bei Waskönig, S. 10 f.).
 - 5) Vgl. Waskönig, S. 17.
 - 6) Gegen eine solche Erklärungsfiktion deshalb Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 25 Anm. 19; Canaris Rechtsscheinhaftung, S. 183; Koumantos, S. 111; Pisko, in Ehrenbergs Handbuch Bd. 2, 1. Abt., S. 255;

§ 25 Abs. 1 HGB kann folglich bloß beim tatbestandsmäßigen Verhalten anknüpfen. So verstanden vermag die Erklärungstheorie aber nicht darzutun, warum ein bestimmtes Verhalten unter Zurückstellung des wirklich Gewollten die Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 HGB auslösen soll¹⁾.

Selbst wenn man die Auffassung von der konkludenten Willenserklärung kraft Sozialtypizität zugrunde legt, kann die Erklärungstheorie nicht überzeugen. § 25 Abs. 2 HGB läßt sich mit ihr nicht in Einklang bringen. Das Gesetz verlangt ausdrücklich eine Vereinbarung beider Vertragsparteien²⁾. Vom Boden der Erklärungstheorie, die ja gerade an ein einseitiges Verhalten des Erwerbers anknüpft, ist die Unbeachtlichkeit einer einseitig von diesem abgegebenen Erklärung, nicht haften zu wollen, nicht zu begreifen³⁾.

Mit der Erklärungstheorie läßt sich daher die ratio legis nicht begründen.

bb) Rechtsscheintheorie

Die Vertreter der Rechtsscheintheorie⁴⁾ sehen in § 25 Abs. 1 Satz 1 und in § 28 HGB einen Fall der Vertrauenshaftung⁵⁾. Wer ein Unternehmen mit Firma fortführen oder mit dem bisherigen Inhaber ein Unternehmen weiterbetreiben wolle, veranlasse einen haftungsbegründeten Rechtschein.

Fortsetzung der FN 6 von Seite 93:

Schricker, ZGR 1973, S. 131. Auch Säcker deutet - trotz seiner vehementen Kritik an der Gegenmeinung (vgl. S. 272) - Zweifel an, wenn er nur von den "allermeisten" Geschäftsübernahmefällen spricht (S. 275).

- 1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 159, der der Rechtscheintheorie vorwirft, die entscheidende Frage nach der rechtspolitischen Rechtfertigung im Dunkeln zu lassen.
- 2) a.A. offenbar nur Pisko, in Ehrenbergs Handbuch, a.a.O., S. 258.
- 3) Gerlach, S. 13; Waskönig, S. 19.
- 4) Baumbach-Duden (22. Aufl.) § 25 Anm. 2 B, C; Großkomm. HGB-Würdinger § 25 Anm. 1; Schlegelberger - Hildebrandt - Steckhan § 25 Rn. 1a, 2; anders jetzt Baumbach-Duden-Hopt (25. Aufl.) § 25 Anm. 1A, kritisch Canaris, Rechtsscheinhaftung S. 183 ff.; Gerlach, S. 15 ff.
- 5) Vgl. Schlegelberger - Hildebrandt - Steckhan § 28, Anm. 1.

Auch diese Theorie vermag nicht zu überzeugen. Die Unzulänglichkeit des Versuches, die *ratio legis* zu deuten, folgt jedoch entgegen Canaris¹⁾ nicht schon daraus, daß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB dann ja das Vertrauen auf eine falsche Rechtsansicht, die Firma sei Träger von Rechten und Pflichten schütze. Das Gesetz knüpft zwar - auch bei den §§ 25 und 28 HGB - nicht an die Vorstellung an, das Handelsgeschäft selbst genieße Rechtsfähigkeit und sei das Subjekt seiner Forderungen und Verbindlichkeiten. Der Gesetzgeber hat jedoch erkannt, daß gerade die Firma eine über die ihr eigentlich zugeordnete Funktion weit hinausgehende Rolle spielt, indem sie das Geschäft identifiziert und symbolisiert²⁾. Daß der Gesetzgeber dennoch diese faktische Verselbständigung der Firma in rechtlicher Sicht ablehnt, muß nicht stören³⁾.

Läßt sich demnach noch die gesetzliche Anknüpfung an einen Rechtschein der verselbständigten Firma begründen, so bleibt doch im Rahmen der Rechtsscheintheorie die Regelung der Legalzession in § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB unerklärbar. Weiter läßt sich der Rechtsscheingedanke kaum mit § 25 Abs. 2 HGB in Einklang bringen, wonach nur eine Vereinbarung, nicht aber auch eine einseitige Erklärung, geeignet sein soll, einen Rechtschein zu zerstören. Und schließlich verträgt es sich nicht mit Rechtsscheingesichtspunkten, wenn - wie die Vertreter dieser Theorie darlegen⁴⁾ - eine anderweitig erlangte Kenntnis von einer Ausschlußvereinbarung zwar den Schein, nicht aber die Rechtsfolgen beseitigt⁵⁾.

1) Rechtsscheinhaftung, S. 185.

2) Vgl. Denkschrift HGB, S. 36: "Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handlungsvermögens, als Folge der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen.

3) a.A. Canaris; Rechtsscheinhaftung, S. 185, der nicht bereit ist, einer solchen Verkehrsauffassung entgegenzukommen.

4) Vgl. Großkomm. HGB-Würdinger § 25 Anm. 22; § 28 Anm. 8; Schlegelberger-Hildebrandt-Steckhan § 25 Anm. 18.

5) Eingehend zu den Widersprüchen der Rechtsscheintheorie Waskönig S. 20 ff., insbesondere S. 25 ff., dort auch zu weiteren Unstimmigkeiten in der Argumentation.

Mit Rechtsscheingesichtspunkten lassen sich daher die durch §§ 25 und 28 HGB angeordneten Rechtsfolgen nicht begründen.

cc) Haftungsfond- und Vermögensübernahmetheorie

Diese Theorie sucht die Erklärung im Prinzip der Vermögensübernahme¹⁾. Die §§ 25 und 28 HGB sollen danach verhindern, daß den Altgläubigern durch den Übergang des Unternehmens die für ihre Forderungen haftende Vermögensmasse entzogen wird²⁾.

Auch dieser Theorie stehen kaum überwindbare Bedenken entgegen. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß gerade § 25 HGB dem Gedanken der Vermögensübernahme nahesteht. Unerklärlich bleibt aber, warum die Erwerberhaftung nur eintreten soll, wenn das Handelsgeschäft fortgeführt wird, nicht jedoch, wenn das Unternehmen im Anschluß an den Erwerb stillgelegt, ausgeschlachtet oder unter Verlust seiner Identität in ein anderes eingegliedert wird³⁾.

Kaum zu erklären ist auch die Tatsache, daß hinsichtlich § 25 Abs. 1 HGB erst die Fortführung der alten Firma zum Schuldbeitritt führen soll. Schließlich spricht gegen die Haftungsfondtheorie, daß die Haftung des Erwerbers durch übereinstimmende Erklärung der Vertragsparteien abbedungen werden kann⁴⁾.

Die Haftungsfondtheorie kann daher zur Ermittlung der ratio legis nicht herangezogen werden.

-
- 1) Vgl. insbesondere Morisse, S. 32 ff.; Raisch, Unternehmensrecht I, S. 110; Schricker ZGR 1972, S. 150 ff. hinsichtlich § 25 HGB; Morisse, S. 69 ff., Pisko, in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 2, 1. Abt. S. 260 f. für § 28 HGB; s. dazu auch Lieb, FS Westermann, S. 320 ff.
 - 2) Vgl. Waskönig, S. 34.
 - 3) So zu Recht Waskönig, S. 38, vgl. auch Schmidt, Handelsrecht, S. 160.
 - 4) Als weiteren Einwand läßt sich noch die Tatsache anführen, daß die §§ 25, 28 HGB anders als § 419 BGB keine Beschränkung der Haftung auf das übernommene Vermögen anordnen (vgl. Canaris, Rechts-scheinhaftung, S. 185; Heckelmann, FS. Bartholomeyczik, S. 135 f.). Notwendig ist eine solche Beschränkung jedoch nicht.

dd) Sonstige Deutungsversuche

Auch die sonstigen Erklärungsversuche, die in der Literatur vorgefunden werden, sind nicht geeignet, den Normzweck der §§ 25 und 28 HGB zu begründen.

So wird die Auffassung vertreten, Schwerpunkt der Regelung sei der § 25 Abs. 1 Satz 2 HGB; § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB sei nur Konsequenz daraus, entscheidender Gesichtspunkt sei der Übergang ganzer Rechtsverhältnisse¹⁾. Nach Auffassung von Heckelmann will das Gesetz dem Regelfall Rechnung tragen, daß die Vertragsparteien durch interne Vereinbarung den Gläubigern einen neuen Schuldner verschaffen wollen; diese interne Absprache werde per Gesetz auf das Außenverhältnis übertragen²⁾. Heckelmann läßt offen, aus welchen Anhaltspunkten er eine solche generalisierende Tendenz entnimmt. Gerlach³⁾ meint, das Gesetz ordne die Haftung an, um der typischen Verkehrserwartung, daß eine Parteivereinbarung über die Übernahme getroffen werde, Rechnung zu tragen.

Die Erklärungsversuche sind entweder nicht mit der Systematik des Gesetzes zu vereinbaren (Börner) oder stehen nicht im Einklang mit der vom Gesetz geschaffenen Möglichkeit, die Haftung auszuschließen (Gerlach) oder knüpfen nur an Vermutungen an (Heckelmann)⁴⁾.

b) Erklärungsversuche in der Rechtssprechung

Auch in der Rechtsprechung seit den Tagen des Reichsoberhandelsgerichts lassen sich zahlreiche unterschiedliche Versuche zur Ergründung einer ratio legis der §§ 25 und 28 HGB nachweisen.

1) Börner, FS Möhring, S. 37 ff., insbes. S. 44 ff.

2) Heckelmann, FS. Bartholomeyczik, S. 129 ff., insbes. S. 141 ff.

3) S. 36 ff.

4) Vgl. die Kritik bei Canaris, Rechtsscheinhaftung, S. 184.

Das ROHG ging - vor Inkrafttreten des HGB und der damit verbundenen erstmaligen Schaffung einer die Erwerberhaftung regelnden Norm - unter Zugrundelegung einer kaufmännische Usance davon aus, daß durch eine in der Unternehmensfortführung und Bekanntmachung der Übertragung liegenden Erklärung die Erwerberhaftung begründet sei¹⁾.

Das Reichsgericht erblickte zunächst ebenfalls in der Erklärungstheorie die richtige dogmatische Grundlage²⁾, vermischte später aber auch Gedanken der Haftungsfondtheorie mit solchen der Erklärungstheorie³⁾.

In den Entscheidungen des BGH finden sich sowohl Erklärungsversuche auf der Grundlage der Rechtsscheintheorie⁴⁾ als auch der Erklärungstheorie⁵⁾ oder der Haftungsfondtheorie⁶⁾, sowie durch Kombination verschiedener Deutungsversuche bzw. deren Elemente⁷⁾.

Diesen Normzweckdeutungen stehen die gleichen Bedenken gegenüber, wie sie bereits gegenüber den Erklärungsversuchen in der Literatur geltend gemacht wurden.

c) Eigene Normdeutung

Der dogmatische Kern von § 25 HGB wie auch von § 28 HGB läßt sich nur dann offenlegen, wenn man die Ebene juristisch-begrifflicher Argumentation aus dem Dreiecksverhältnis zwischen Veräußerer, Erwerber und

-
- 1) ROHG Bd. 1, S. 65, 66; 2, 143; 3, 383; 4, 5, 6; 8, 383; 12, 159, 16, 271, 273.
 - 2) Vgl. RGZ 2, 48, 55; 15, 51, 53; 17, 96, 98 f., betr. § 25 HGB sowie RGZ 51, 33, 39; 76, 439, 441; 89, 97 f. hins. § 28 HGB.
 - 3) Vgl. RGZ 135, 104, 108; 141, 98, 105 f.
 - 4) BGHZ 22, 234, 238 f.; 29, 1, 3; BGH NJW 1966, S. 1765 f.
 - 5) BGH NJW 1982, S. 577 f.
 - 6) BGH NJW 1961, S. 1765 f. betr. § 28 HGB; NJW 1966, S. 1917 f. wohl für §§ 25 und 28 HGB.
 - 7) BGHZ 18, 248, 250: Kombination Erklärungs-/Rechtsscheintheorie BGHZ 36, 265, 271 f.; 38, 44, 46 f: Kombination Erklärungs-/Haftungsfondtheorie

Geschäftspartner verläßt¹⁾. Macht man sich davon frei, die §§ 25 und 28 HGB nur als Ausfluß eines Schutzprinzips zu sehen (und darin sind sich bei aller Verschiedenheit die oben näher erläuterten Theorien einig) und vergegenwärtigt man sich, daß der Tatbestand der beiden Normen die Übertragung bzw. Einbringung eines Unternehmens verlangt, eines Gebildes also, dem der Gesetzgeber eine rechtliche Verselbständigung nicht zuerkennen wollte, ohne jedoch leugnen zu können, daß eine derartige Individualität in der Praxis anerkannt ist²⁾, so liegt es 'nahe, mit Krejci³⁾ das Ziel der Norm in dem Entgegenkommen auf ein "Verkehrsbedürfnis nach vereinfachter Unternehmensbindung von Geschäftsbeziehungen bei Unternehmensfortführung trotz Unternehmensveräußerung" und der gleichzeitigen Gewährung von Schutz für Dritte "vor nicht mitgeteilten ..., den typischen Interessen bei Unternehmensveräußerungen widersprechenden und daher von Dritten grundsätzlich nicht zu erwartenden Dispositionen" zu sehen⁴⁾.

Diese Feststellung allein genügt jedoch noch nicht, um den Rechtsgrund der Vorschriften erkennbar zu machen. Denn weder der Schutz des Rechtsverkehrs noch die Vereinfachung von Verkehrsgeschäften tragen letztendlich ihre Legitimation in sich⁵⁾.

Das Gesetz billigt dem Unternehmen, das wir oben⁶⁾ als die organisierte Einheit bezeichnet haben, mit deren Hilfe der Unternehmer selbständig und dauerhaft eine anbietende Tätigkeit an einem Markt entfaltet, eine eigene Rechtspersönlichkeit nicht zu; berechtigt und verpflichtet wird allein der Inhaber, der Unternehmer. Die Zusammengehörigkeit

1) So zu Recht Waskönig, S. 42

2) Vgl. Denkschrift HGB, S. 36

3) ÖJZ 1975, S. 449, 450

4) Vgl. auch Krejci, Betriebsübergang, S. 212 ff.

5) Waskönig, S. 46

6) Vgl. oben S. 82

von Unternehmen und darin begründeten Rechtsverhältnissen läßt sich aber kaum leugnen. Die Einbindung von Forderungen und Verbindlichkeiten in das Unternehmen beeinflusst sowohl das Verhalten derer, die mit ihm in Beziehungen stehen, als auch die Dispositionen der Veräußerungsparteien selbst, wenn und soweit sie am Erhalt der unternehmerischen Organisation interessiert sind¹⁾.

Die §§ 25 und 28 HGB sollen "das bei Geschäftsübergang drohende Spannungsverhältnis zwischen dem praktischen Bedürfnis nach komplikationsloser Kontinuität des Handelsgeschäfts einerseits und den hierfür im Prinzip unzureichenden Rechtsfiguren überbrücken, mit denen unsere Rechtsordnung seine gesellschaftliche und wirtschaftliche Wirklichkeit zu erfassen sucht"²⁾. Anders gesagt: Normzweck ist die Kompensation der Nichtrechtsfähigkeit des Unternehmens. Es soll dafür gesorgt werden, "daß Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse, die zum Unternehmen gehören, auch im Fall des Unternehmerwechsels dem jeweiligen Unternehmensträger zugewiesen bleiben".³⁾

Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, wenn man dieses Ergebnis durch eine eingehende Untersuchung der historischen Grundlagen der Normen und der Diskussionen im Vorfeld ihrer gesetzlichen Verwirklichung belegen wollte. Dies ist bereits von anderer Seite überzeugend dargetan worden⁴⁾, hierauf darf verwiesen werden.

1) Waskönig, S. 44 f.

2) Krejci, Betriebsübergang, S. 216

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 163, vgl. auch ZHR Bd. 145, S. 17 ff.

4) Vgl. die Arbeit von Waskönig, insbes. § 5, S. 54 - 111; siehe auch Schmidt, ZHR Bd. 145, S. 14 f.

4. Die Anknüpfung der Vorschriften an den Rechtsbegriff des Unternehmers

Geht man davon aus, daß die §§ 25 und 28 HGB dem Wunsch nach Haftungskontinuität bei der Unternehmensfortführung Rechnung tragen wollen, so läßt sich ohne weiteres kein wirtschaftlicher Grund für eine Differenzierung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Unternehmen finden. Das kleine wie das große, das kaufmännische wie das nichtkaufmännische Unternehmen hat seinen festen Platz im Gefüge der Austauschbeziehungen zu Dritten. Die Bedenken, die gegen eine entsprechende Anwendung geltend gemacht werden, gehen, soweit sie grundsätzlicher Natur sind, an der eigentlichen Problematik vorbei. Die starke persönliche Einflußnahme des Unternehmers auf den Gang der Geschäfte, die Bindung an die Person des Geschäftsinhabers ist entgegen Koumantos¹⁾ keine Begründung für die Unmöglichkeit der Einbeziehung anderer als vollkaufmännischer Unternehmen. Wenn und soweit der Wechsel des Inhabers den Fortbestand des Unternehmens gefährdet, so folgt daraus lediglich, daß die Tatbestandsmerkmale des "Fortführens" bzw. des "Eintritts" nicht vorliegen²⁾. Über die Eignung der Normen zur entsprechenden Anwendung ist damit jedoch noch nicht entschieden. Zu klären ist vielmehr, ob und gegebenenfalls welche Tatbestandsmerkmale der Regelungen, die bei einem nichtkaufmännischen Unternehmen nicht vorliegen können, untrennbar mit dem Normzweck der Gewährleistung von Unternehmens- und Haftungskontinuität verknüpft sind.

1) S. 148 ff.

2) Vgl. Waskönig, S. 177.

a) § 25 HGB

Die Haftungsfolge soll gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nur hervorgerufen werden, wenn der Erwerber die Firma, zumindest ihre wesentlichen Bestandteile¹⁾ (Firmenkern) fortführt. Da das nichtkaufmännische Unternehmen eine registerfähige Firma nicht führen kann, wäre demnach eine Analogie ausgeschlossen. Es zeigt sich jedoch, daß das Gesetz die Rechtsfolge (Haftung) nicht von der Möglichkeit der Firmenfortführung abhängig machen will. Aus der Denkschrift ist zu entnehmen, daß der Begriff der "Firmenfortführung" untechnisch gemeint ist. Hinter diesem Tatbestandsmerkmal verbirgt sich in Wahrheit der Versuch, der Verkehrsanschauung Rechnung zu tragen, wonach sich hinter der "Firma" das Unternehmen als Träger der Rechte und Pflichten verbirgt²⁾.

Dem Gesetzgeber ist hier eine Begriffsvertauschung unterlaufen, indem er den Firmenbegriff des § 17 HGB zur Anwendung brachte, tatsächlich aber die Unternehmensfortführung meinte³⁾. Der Gesetzgeber differenzierte hier nicht klar genug zwischen der Tatsache, daß man im Geschäftsverkehr mit dem Begriff der Firma das Unternehmen schlechthin verband⁴⁾ - dieser Auffassung wollte man entgegenkommen - und derjenigen, daß das HGB diesen Begriff in einem anderen Sinne ver-

-
- 1) Vgl. RGZ 113, 306, 308; 131, 27, 29; BGH LM Nr. 1 zu § 17 HGB; BGH WM 1979, S. 576 f.
 - 2) S. Denkschrift HGB S. 36: wenn man in den Beratungen erkannte, daß die Verkehrsanschauung die Firma ohne Rücksicht auf die Person des Inhabers als Eigentümer ansieht, dem Namen also keine Bedeutung beikommt, dann kann mit der "Firma", die fortzuführen ist, nicht die Firma im Rechtssinne, also der für die Unternehmensführung verwendete Name (§ 17 HGB) gemeint sein.
 - 3) Vgl. Schmidt ZHR Bd. 145, S. 15 f.; a. A. die h. M.; gegen die hier vertretene Auffassung auch Waskönig S. 196, der meint, allein die Firmenfortführung sei ein ausreichendes Indiz, daß die Vertragsparteien die Weiterführung des Unternehmens beabsichtigen.
 - 4) Vgl. die Stellungnahme eines Diskussionsredners auf dem 15. DJT von 1880, der sich mit der Neufassung des HGB befaßte: "Die Firma bezeichnet bloß das Geschäft, ist bloß der Name für das Geschäft: wesentlich ist das Geschäft selbst (Vhdlgen des 15. DJT, S. 149).

wendet (vgl. § 17 HGB).

Meines Erachtens war es das Ziel der Gesetzesverfasser, die Kontinuität der Unternehmung und den Weiterbestand der unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse zu sichern. Die Fortführung des Namens (der Firma im Rechtssinne) vermittelt lediglich den untrüglichen Anschein, daß eine Unternehmenskontinuität von den Vertragsparteien beabsichtigt ist.

Diese Deutung steht nicht im Widerspruch zu der in § 25 Abs. 3 HGB getroffenen Regelung. Vielmehr wirken beide Bestimmungen zusammen. Die Fortführung der Firma löst immer die Haftung aus; gehaftet wird außerdem, wenn sich die Identität des Unternehmens trotz Inhaberwechsels im Einzelfall aus den Umständen ergibt.

Damit greift die in § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB angeordnete Rechtsfolge aber auch bei nichtkaufmännischen Unternehmen Platz. Bleibt die Identität trotz Inhaberwechsels gewahrt, so zieht dies die Erwerberhaftung nach. Die Fortführung der Firma im Sinne von § 17 HGB ist kein notwendiges Tatbestandsmerkmal, um die angeordnete Haftungsfolge auszulösen. Damit stehen insoweit der Einbeziehung nichtkaufmännischer Unternehmen im Wege der Analogie Hindernisse nicht entgegen.

§ 25 Abs. 2 HGB kann ohne weiteres auf Nichtkaufleute und ihre Unternehmungen Anwendung finden. Zwar fehlt es mangels einer Firmenfähigkeit an der Möglichkeit, durch Registereintragung die Haftungsbeschränkung zu verlautbaren. Der nichtkaufmännische Unternehmer hat jedoch die Möglichkeit, seinen Geschäftspartnern die abweichend vom Gesetz getroffenen Absprachen selbst mitzuteilen, ein Weg, den auch das HGB dem Kaufmann eröffnet¹⁾.

1) Ob die durch § 25 Abs. 2 HGB eröffnete Möglichkeit der Haftungsbeschränkung rechtspolitisch vertretbar ist, wird neuerdings in Zweifel gezogen (vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 171, ZHR Bd. 145, S. 25 f.). Diese Frage soll jedoch hier nicht vertieft werden.

b) § 28 HGB

Die Tatbestandsseite dieser Norm steht einer entsprechenden Anwendung nicht entgegen. Da bereits das Gesetz nicht an eine Firmenfortführung anknüpft, taucht, anders als im Rahmen von § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB die Frage nach der Notwendigkeit einer Firmenbeibehaltung erst gar nicht auf.

Probleme ergeben sich jedoch im Hinblick auf die von § 28 Abs. 1 HGB angeordnete Rechtsfolge. Die im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten und Forderungen gehen auf die Gesellschaft über. Im Bereich des nicht-kaufmännischen Unternehmens stellt sich dann die Frage, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die vom früheren Alleinunternehmer und vom Eintretenden gebildet wird, von ihrer rechtlichen Struktur her diese Rechtsfolge zu tragen überhaupt in der Lage ist¹⁾. Die §§ 705 ff. BGB enthalten keine dem § 124 Abs. 1 HGB entsprechende Vorschrift, die die Gesellschaft selbst zur Trägerin von Rechtsverhältnissen erklärt²⁾. Es stellt sich deshalb die Frage nach der Möglichkeit der Rechtsträgerschaft auch der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit nach dem Verständnis der Gesamthand. Auch hier gehen die Meinungen auseinander.

Zum Teil wird das gemeinschaftliche Vermögen den Gesellschaftern als Einzelpersonen zugeordnet, eine Unterscheidung zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterschulden abgelehnt, da Gesellschaftsschulden im Prinzip nichts anderes seien, als gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter³⁾. Andere rücken die Gesamthand in die Nähe der juristischen Person und sprechen ihr eine partielle Rechtsfähigkeit zu⁴⁾. Die wohl über-

-
- 1) Zweifellos kann in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dem Grundtyp für alle Formen gemeinsamer Zweckverfolgung, ein Unternehmen betrieben werden.
 - 2) Vgl. Schmidt, DB 1973, S. 653, 654.
 - 3) So insbesondere Buchner AcP Bd. 169 (1969), S. 483, 486 f., 489 f.; ähnlich BGHZ 23, 307, 313.
 - 4) Vgl. Fabricius, S. 117 ff., S. 158 ff.; Ulmer, in: Münchner Kommentar § 714, Rn. 6, 20.

wiegende Ansicht sieht die Gesamthand als ein offenes Prinzip der Vermögenszuordnung; die gemeinschaftlichen Rechte werden nicht den einzelnen Gesamthändern als Individuen oder einer gesonderten Person (der Gesellschaft) zugeordnet, sondern den Gesamthandsmitgliedern in ihrer Verbundenheit¹⁾.

Es würde zu weit führen, wenn man diese Problematik hier vertiefen wollte. Den Zusammenschluß verschiedener Personen, um primär einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, und die daraus resultierenden Probleme des gemeinsamen Handelns und der Verantwortlichkeit und Haftung für die Folgen des Handelns wird man wohl nur dann sachgemäß handhaben können, wenn man der Gesamthand eine eigene Subjektivität zubilligt, sie selbst als Zuordnungssubjekt der auf sie bezogenen Rechte und Pflichten erfaßt. Damit ist das Fehlen einer dem § 124 Abs. 1 HGB entsprechenden Norm im Recht der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ohne Belang; die Rechtsfolge des § 28 Abs. 1 HGB läßt sich mit dem Wesen der BGB-Gesellschaft nahtlos in Einklang bringen.

§ 28 Abs. 2 HGB ist - wie § 25 Abs. 2 HGB - ohne weiteres auf nicht-kaufmännische Unternehmen zu erstrecken. Zur Information bleibt zwar mangels Registerfähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur die Publikationsfähigkeit der Einzelinformation der Geschäftspartner; trotz der damit verbundenen Risiken und Erschwernisse ist diese Möglichkeit derjenigen der Eintragung im Register als gleichwertig zu erachten.

Als Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß § 25 wie § 28 HGB nicht nur auf den Wechsel von Geschäftsinhabern im kaufmännischen Bereich, sondern auf jeden Wechsel von Unternehmensträgern zur Anwendung gebracht werden können.

1) Vgl. Wiedemann, S. 28 ff.

Hinsichtlich unseres eingangs geschilderten Fallbeispiels ist deshalb festzustellen, daß S2 im Falle eines Erwerbs der Steuerkanzlei für die in diesem Unternehmen begründeten Verbindlichkeiten auch ohne besondere Erklärung haftet; in gleicher Weise gehen die Forderungen des Unternehmens gegenüber Dritten auf ihn über. Gründet S1 mit S2 eine Gesellschaft, so haftet nunmehr diese für die Verbindlichkeiten und wird Forderungsinhaber, ohne daß es einer besonderen Erklärung oder einer Rechtshandlung bedarf.

II. Kontokorrentverhältnisse zwischen Nichtkaufleuten (§§ 355 bis 357 HGB)

Fallbeispiele:

- a) Zahnarzt Z. läßt seine Laborarbeiten regelmäßig bei L ausführen, dessen Betrieb im Handelsregister nicht eingetragen ist. L ist öfters selbst bei Z in Behandlung. Die jeweils erbrachten Leistungen werden nicht einzeln bezahlt, sondern absprachegemäß in Rechnung gestellt und regelmäßig durch Verrechnung und Saldofeststellung ausgeglichen. Kann L., zu dessen Gunsten in der Regel der Saldo lautet, auch ohne besondere Vereinbarung Zinsen vom Überschuß verlangen?
- b) Z hat L für betriebliche Investitionen ein größeres Darlehen zur Verfügung gestellt. L hat Z für dessen Darlehensforderung eine dingliche Sicherheit bestellt. Nach Ablauf einer Rechnungsperiode hat L den Rechnungsabschluß durch Z, der die Darlehensforderung mit einschließt, anerkannt. Kann Z, dessen Guthaben die Höhe der Darlehensforderung übersteigt, aus der Sicherheit Befriedigung suchen?

Vorbemerkung:

Die Vorschriften über das Kontokorrent (§§ 355 bis 357 HGB) knüpfen ihren Tatbestandsmerkmalen zufolge an die Kaufmannseigenschaft wenigstens eines der an dem Kontokorrentgeschäft Beteiligten an. Der nichtkaufmännische Unternehmer, der mit einem Nichtkaufmann, möglicherweise mit einem anderen nichtkaufmännischen Unternehmer, in einer Geschäftsverbindung steht, wäre deshalb bei strikter Berücksichtigung des Gesetzeswortlautes gehindert, sich gegenüber seinem Geschäftspartner auf die durch §§ 355 bis 357 HGB angeordneten Rechtsfolgen zu berufen.

Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, daß auch der näher gekennzeichnete Unternehmer nach Sinn und Zweck der Vorschriften zum Normadressatenkreis zählt, so daß eine analoge Anwendung der Regelungen möglich und geboten ist.

1. Die Einordnung der Vorschriften über das Kontokorrent in den Normenkatalog des HGB als grundsätzliches Problem

Als Kontokorrentverhältnis bezeichnet die in § 355 Abs. 1 HGB enthaltene Legaldefinition solche Geschäftsverbindungen mit einem Kaufmann, bei denen die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden. Die Einordnung einer solchen rechtlichen Beziehung in das Handelsgesetzbuch ist auf den ersten Blick nicht recht verständlich; auch das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft wenigstens eines Beteiligten leuchtet nicht unbedingt ein. Allenfalls das in der Norm festgelegte Recht desjenigen, welchem bei dem Rechnungsabschluß ein Überschuß gebührt, von dem Tag des Abschlusses an Zinsen vom Überschuß zu verlangen, gibt einen Hinweis auf eine übliche kaufmännische Praxis¹⁾.

a) Historische Grundlagen des Kontokorrents

aa) Gesetzliche Regelungen bis zum Inkrafttreten des HGB

Die Einordnung des Kontokorrents in das HGB beruht auf rechtsgeschichtlichen Gründen. Der Handelsverkehr kennt das Kontokorrentverhältnis seit dem 13. Jahrhundert als eine Möglichkeit der Forderungsverrechnung bei dauernder Geschäftsbeziehung zwischen Kaufleuten²⁾. Daß in Gestalt des Artikels 291 AdHGB eine das Kontokorrentverhältnis näher regelnde Bestimmung Aufnahme in das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch fand, lag in dem Verbot des Anatozismus, also des Zinseszinsverbotes, und der Auffassung der Gesetzesverfasser, daß eine Ausnahme von diesem auf römisch-rechtliche Gedanken zurückzuführenden

1) Schmidt, JZ 1981, S. 128, I. Sp.

2) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 232 f.

Grundsatz nur bei Kaufleuten denkbar sei¹⁾. Den übrigen Wirkungen des Kontokorrents wurde nach der damaligen Ansicht eine kaufmannsspezifische Funktion nicht beigemessen; die verschiedenen gesetzlichen Regelungen bis hin zu Artikel 291 AdHGB hielten lediglich die Frage der Verzinsungspflicht für besonders normierungsbedürftig, weil insoweit die kaufmännische Praxis mit den allgemeinen Grundsätzen nicht übereinstimmte²⁾.

Das preußische Allgemeine Landrecht erwähnte beispielsweise in I/16 §§ 147, 148 das Kontokorrentverhältnis und gab zu erkennen, daß es auf die Kaufmannseigenschaft nicht entscheidend ankommen könne. Lediglich bezüglich der Zinseszinsen heißt es in II/8 § 697, daß diese nur in einer Kontokorrentbeziehung unter Kaufleuten gefordert werden können.

Auch die Stellungnahmen in der Literatur im Anschluß an die Gesetzgebungsarbeiten zum AdHGB betonen, daß Kontokorrentverhältnisse grundsätzlich auch unter Nichtkaufleuten denkbar seien, lediglich die Frage der Verzinsungspflicht außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs abweichend beantwortet werden müsse. So meinte beispielsweise Voigtel³⁾, daß ein Kontokorrentverhältnis immer dann vorliege, wenn zwischen Geschäftsfreunden Forderungen und Schulden aus den verschiedensten Rechtsgeschäften einander gegenüberstünden. Von Hahn⁴⁾ war der Auffassung, aus der in Art. 291 AdHGB enthaltenen Beschränkung auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr könne ein *argumentum e contrario*, daß Kontokorrentverhältnisse nur unter Kaufleuten möglich seien, nicht entnommen werden⁵⁾. Goldschmidt⁶⁾ hielt Kontokorrentbeziehungen zwi-

1) Zur geschichtlichen Entwicklung des Kontokorrents vgl. Scherner, in FS Bärmann, S. 171 ff.

2) Vgl. die bei Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 233 ff. zitierten Bestimmungen und Gesetzesmaterialien.

3) Voigtel, Archiv d. AdHR, Bd. 3, S. 207.

4) V. Hahn, Art. 291, § 2.

5) Ähnlich Makower Art. 291, Anm. 20 c.

6) System des Handelsrechts, S. 190.

schen Nichtkaufleuten für möglich, und Endemann¹⁾ erblickt im Kontokorrentverhältnis eine besondere Art der Geschäftsverbindung, die "selbst unter zwei Nichtkaufleuten vorkommen kann".

bb) Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers des HGB

Nachdem es in den einzelnen Ländern im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer Auflockerung des Verbotes des Nehmens von Zinseszinsen kam²⁾ und die Rechtsprechung erkennen ließ, daß für sie - abgesehen von der Frage der Verzinsungspflicht - die Kaufmannseigenschaft beider Parteien kein Wesensmerkmal einer Kontokorrentverbindung darstellte³⁾, wurden im Zuge der Neukodifikation des Handelsgesetzbuches auch Nichtkaufleute in die gesetzliche Regelung mit einbezogen. Die Entwurfsverfasser führten zur Begründung an, Kontokorrentverhältnisse zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten seien häufig und würden "schon jetzt gewohnheitsrechtlich denselben Normen wie die Kontokorrentverträge unter Kaufleuten unterliegen"⁴⁾.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hielt man im Hinblick auf das Problem der Verzinsungspflicht für notwendig, da diese "mindestens insoweit, als es sich um eine Geschäftsverbindung zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann handelt, nicht ohne weiteres gegeben sei"⁵⁾.

Es hätte angesichts dieser Begründung nahegelegen, das Kontokorrentverhältnis grundsätzlich dem Bürgerlichen Recht zuzuordnen und im Handelsgesetzbuch lediglich eine Ausnahmeregelung für die Pflicht zur Verzinsung vorzusehen. Dieser Gedanke wurde von der Gesetzgebungs-

1) Handelsrecht, S. 598.

2) Vgl. die Hinweise in den Motiven zum BGB, Bd. II, S. 196 f.; ebenso Denkschrift BGB, S. 43.

3) Vgl. ROHG Bd. 11, S. 140; 14, S. 70.

4) Materialien HGB, S. 357.

5) Materialien HGB, S. 355.

kommission für das BGB auch erwogen; eine endgültige Entscheidung über einen Vorschlag zur Ausdehnung der Vorschrift des Artikels 291 AdHGB auf andere Personen als Kaufleute wurde jedoch "bis zur Revision des HGB ausgesetzt"¹⁾.

Nach Vorliegen des Gesetzentwurfes zur Neufassung des HGB wurde diese Überlegung aber erst gar nicht mehr aufgegriffen - ein Beispiel für mangelnde Koordination im Gesetzgebungsverfahren. Die Einordnung der Kontokorrentvorschriften in das HGB kann daher keinen genügenden Hinweis für die Lösung der Frage, ob wenigstens eine der am Kontokorrentverhältnis beteiligten Personen Kaufmann sein muß, bilden²⁾.

b) Normzweck und Einordnung als handelsrechtliche Vorschrift

Auch Sinn und Zweck der Vorschriften über das Kontokorrent können deren Einordnung als ein Rechtsverhältnis, an dem ein Kaufmann beteiligt sein muß, nicht begründen. Eine unvoreingenommene Betrachtung zeigt, daß auch unter Nichtkaufleuten eine Vereinbarung über die in § 355 Abs. 1 HGB näher dargelegte Abrechnungsweise vorteilhaft ist. Sinn und Zweck einer Kontokorrentbeziehung sind zum einen die Vereinfachung des Abrechnungsverkehrs zwischen den Beteiligten³⁾ und die Ersetzung einer Vielzahl gegenseitiger Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen Forderungspostens⁴⁾. Diese vereinfachende Wirkung ist auch bei Rechtsbeziehungen zwischen Nichtkaufleuten erwünscht und erzielbar. Wie die eingangs geschilderten Beispiele zeigen, bestehen oft auch zwischen Nichtkaufleuten laufende Geschäftsverbindungen, wie sie von § 355 Abs. 1 HGB gefordert werden, mit der

1) Motive BGB Bd. II, S. 197.

2) Vgl. Müller-Erbach, S. 656.

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 461.

4) Materialien HGB, S. 355.

Folge, daß laufend gegenseitige Forderungsposten entstehen und einzeln zum Ausgleich gebracht werden müßten.

Weitere Aufgabe eines Kontokorrentverhältnisses ist die Sicherungsfunktion, denn die im voraus vereinbarte Verrechnung wie auch die Bindung der einzelnen in das Kontokorrent eingestellten Forderungen haben Sicherungscharakter¹⁾. Es besteht kein Anlaß und Grund, dies für ein nichtkaufmännisches Kontokorrentverhältnis anders zu beurteilen.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob ein Kontokorrent eine Funktion der Kreditgewährung oder Stundung enthält²⁾ oder ob diese Annahme unzutreffend ist, weil sie nicht zwischen Klagbarkeit und Fälligkeit der einzelnen Forderungen differenziert³⁾. Für eine unterschiedliche Betrachtung im Hinblick darauf, daß es sich um ein kaufmännisches oder nichtkaufmännisches Kontokorrent handelt, besteht kein Anlaß. Aus Sinn und Zweck des Kontokorrents läßt sich daher eine unterschiedliche Behandlung der laufenden Geschäftsverbindung zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann einerseits und unter Nichtkaufleuten andererseits nicht rechtfertigen.

1) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 355, Anm. 3 und 6.

2) So die früher überwiegende Auffassung, insbes. Endemann, Handelsrecht, S. 598; RGZ 22, 148, 151; wohl auch die Gesetzgebungskommission für das HGB, vgl. Materialien HGB, S. 355.

3) So die heute h. M., vgl. Großkomm. - HGB - Canaris § 355, Anm. 5; Schmidt, Handelsrecht, S. 462.

2. Die Ausdehnung des Normanwendungsbereiches durch Literatur und Rechtsprechung

Das Gesetz hat in Gestalt des § 355 Abs. 1 HGB eine Legaldefinition gegeben, legt damit den Bereich der unmittelbaren Normanwendung fest. Obwohl die von dem Gedanken, einen festen Anhalt für die Anwendung der Kontokorrentvorschriften zu schaffen¹⁾, getragene Entscheidung des Gesetzgebers wenig glücklich ist, muß die Begriffsbestimmung als Grundlage und Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung hingenommen und als geltendes Recht respektiert werden²⁾.

Demgemäß fassen Rechtsprechung und Literatur die Fälle der Kontokorrentbeziehungen unter Nichtkaufleuten, die sich unter die Normen nicht subsummieren lassen, unter dem Begriff des "uneigentlichen Kontokorrents" zusammen. Ein derartiges Kontokorrentverhältnis soll immer dann vorliegen, wenn die Parteien die aus ihrer Geschäftsverbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen kontokorrentmäßig behandeln, ohne daß die gesetzlichen Merkmale eines Kontokorrents im Sinne von § 355 Abs. 1 HGB vorliegen³⁾.

Der Begriff wird für alle die Fälle, in denen eines der Tatbestandsmerkmale des § 355 Abs. 1 HGB fehlt, gleichermaßen verwandt. Für die vorliegende Arbeit ist nur die Fallgestaltung von Interesse, bei der alle gesetzlichen Merkmale vorhanden sind mit Ausnahme der Kaufmannseigenschaft wenigstens eines der Beteiligten. Hier taucht die Frage auf, ob die gesetzliche Regelung gleichwohl uneingeschränkt zur Anwendung gebracht werden kann, angesichts der oben bereits aufgezeigten Gleichheit der Interessenlage.

1) Vgl. Materialien HGB, S. 355 ff.

2) Großkomm. HGB - Canaris § 355, Anm. 12.

3) Schlegelberger - Hefermehl, § 355 Rn. 18.

a) Stellungnahme der Rechtsprechung zum Normadressatenkreis

Eine generelle Übertragung der Kontokorrentbestimmungen auf kontokorrentähnliche Beziehungen zwischen Nichtkaufleuten hat die Rechtsprechung im Einklang mit der allgemeinen Meinung in der Literatur bislang nicht vollzogen. Die Frage nach der Zulässigkeit einer analogen Anwendung der Normen wurde bisher immer nur bezüglich einzelner Probleme des Kontokorrents erörtert.

Eine entsprechende Anwendung des § 355 Abs. 1 HGB insoweit, als auch ohne besondere Vereinbarung das Guthaben zugunsten eines Beteiligten nach Feststellung und Anerkennung des Saldos zu verzinsen ist, auch wenn in das Kontokorrent Zinsansprüche aufgenommen wurden, lehnt die Rechtsprechung ab. Sie räumt damit der in § 248 Abs. 1 BGB getroffenen Regelung, d. h. dem Verbot des Nehmens von Zinsen aus Zinsen, den Vorrang ein. Diese Bestimmung legt aber lediglich fest, daß eine im vorhinein getroffenen Vereinbarung von Zinseszinsen unzulässig ist. Eine nachträgliche, d. h. nach Saldoziehung getroffene, Vereinbarung ist dagegen möglich. Das Problem der Verzinsung taucht aber in der Regel nach einem Periodenabschluß auf. Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ergibt sich aus § 355 Abs. 1 HGB die Verpflichtung zur Zahlung auch von Zinseszinsen von selbst. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ besteht im nichtkaufmännischen, "uneigentlichen" Kontokorrent trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung, wie sie § 248 Abs. 1 BGB ermöglicht, aber dann eine Pflicht zur uneingeschränkten Verzinsung, sofern eine vorbehaltlose Anerkennung eines Saldos vorliegt, der grundsätzlich verzinslich ist und in dem die Zinsen nicht besonders aufgeführt, sondern mit der Hauptforderung zu einer einheitlichen Summe zusammengefaßt sind, und man im Saldoanerkennnis den konkludenten Abschluß einer Vereinbarung im Sinne von § 248 Abs. 1 BGB sieht²⁾.

1) RGZ 95, 19.

2) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 355, Anm. 16.

Es wäre sicherlich falsch, wenn man dieser Entscheidung, die vereinzelt geblieben ist, die Tendenz entnehmen wollte, die Rechtsprechung beabsichtige eine Aufweichung der starren, durch § 248 Abs. 1 BGB gezogenen Grenzen. Andererseits ist unverkennbar, daß nach Auffassung der Rechtsprechung nicht kompromißlos am Kaufmannsbegriff im Zusammenhang mit Kontokorrentbeziehungen festgehalten werden muß. Eine analoge Anwendung der §§ 355 Abs. 2 und 3, 356 und 357 HGB für Kontokorrentverhältnisse unter Nichtkaufleuten zieht die Rechtsprechung nicht in Betracht¹⁾. Sie beschränkt sich auf den Hinweis, daß in kontokorrentähnlichen Verhältnissen eine Vereinbarung, die in ihrer Wirkung den Rechtsfolgen einer der in den genannten Bestimmungen getroffenen Regelungen gleichkommt, auch stillschweigend getroffen werden kann.

b) Die Normadressatenfrage im älteren Schrifttum

Die Auffassungen in der Literatur sind nicht einheitlich.

Die bislang herrschende Meinung erfaßt unter dem von ihr verwendeten Begriff des "uneigentlichen Kontokorrents" auch die Kontokorrentbeziehungen zwischen Nichtkaufleuten²⁾. Einer allgemeinen Ausdehnung der Kontokorrentvorschriften auf die nichtkaufmännischen Beziehungen wird nicht zugestimmt. Fehlt es in den vertraglichen Beziehungen an einer ausdrücklichen Regelung, so soll jede einzelne Bestimmung auf ihre Analogiefähigkeit hin untersucht werden.

Eine entsprechende Anwendung des § 355 Abs. 1 HGB wird abgelehnt³⁾.

1) Vgl. ROHG Bd. 11, S. 140; 14, S. 70; RG Gruchot Bd. 54, S. 407.

2) Schmidt JZ 1981, S. 129 mit Fn. 37.

3) Düringer-Hachenburg-Breit § 355 Anm. 17; RGRK - HGB von Godin § 355 Anm. 9. Schon Pisko hat, allerdings noch zu Art. 291 AdHGB, eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf Nichtkaufleute abgelehnt (vgl. Pisko, S. 46).

Allerdings wird der Auffassung der Rechtsprechung zugestimmt, daß sich eine Verzinsungspflicht auch aus einer konkludenten Vereinbarung im Zusammenhang mit einem Saldoanerkenntnis ergeben kann¹⁾.

Auch einer analogen Anwendung der §§ 356 und 357 HGB wird widersprochen²⁾. Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden und den hinter § 356 HGB stehenden Normzweck auch im nichtkaufmännischen Kontokorrent zum Tragen bringen zu können, wird das Fortbestehen der Sicherheiten trotz Anerkennung des Rechnungsabschlusses bejaht und damit begründet, daß beim nichtkaufmännischen Kontokorrent eine Novationswirkung aufgrund des Saldoanerkenntnisses nicht eintrete.

c) Neuere Stellungnahmen der Literatur zum Normadressatenproblem

In neuerer Zeit sind insbesondere Raisch³⁾, Canaris⁴⁾ und Schmidt⁵⁾ mit Arbeiten zu diesem Fragenkreis hervorgetreten.

Raisch ist der Auffassung, daß man anhand der Entstehungsgeschichte der Kontokorrentbestimmungen zwei Regelungsziele des Gesetzgebers erkennen und unterscheiden könne: Die Einordnung des Kontokorrents als Vertragstypus und die Zulässigkeit von Zinseszinsen in bestimmtem - persönlichen - Umfang. Beide Bereiche seien getrennt darauf hin zu überprüfen, ob "es rechtspolitisch richtig ist, daß die Bestimmungen nur dann Anwendung finden, wenn ... mindestens ein Kaufmann beteiligt ist"⁶⁾. Hinsichtlich § 355 Abs. 1 HGB sieht Raisch

1) Vgl. Düringer - Hachenburg - Breit § 355 Anm. 7; RGRK - HGB - von Godin § 356 Anm. 6.

2) Z. B. Düringer - Hachenburg - Breit, Anh. zu §§ 355 - 357 Anm. 8 und 9; RGRK - HGB - von Godin § 355 Anm. 9.

3) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 230 ff.

4) Großkomm. HGB §§ 355 - 357; ihm jetzt im wesentlichen folgende Schlegelberger - Hefermehl §§ 355 - 357.

5) Handelsrecht, S. 460 ff.; s. auch JZ 1981, S. 126 ff.

6) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 231.

eine Gefahr einer Durchlöcherung des in § 248 BGB enthaltenen Grundprinzips, sofern man den Regelungsbereich der Norm ausdehnen wolle¹⁾. Die Einordnung der Kontokorrentabrede als Vertragstypus des allgemeinen Zivilrechts muß nach Meinung von Raisch daran scheitern, daß das Wesen²⁾ es erfordere, daß wenigstens eine Partei sich Aufzeichnungen mache, aus denen die beiderseitigen Ansprüche mit genügender Sicherheit entnommen werden können³⁾. Solches könne aber bei Nichtkaufleuten nicht erwartet werden; die Vorschriften über das Kontokorrent könne man nur auf solche Personen erstrecken, die nach Handels- oder Steuerrecht zur Buchführung verpflichtet sind⁴⁾.

Canaris ordnet das Kontokorrentverhältnis grundsätzlich dem Bürgerlichen Recht zu⁵⁾, respektiert aber die Einordnung der Bestimmungen in das Handelsgesetzbuch⁶⁾. Im Rahmen einer Normzweckbestimmung gelangt Canaris zu dem Ergebnis, daß die §§ 355 bis 357 HGB im wesentlichen auf nichtkaufmännische Beziehungen entsprechende Anwendung finden können⁷⁾. Lediglich hinsichtlich der Frage der Ausnahme vom Zinseszinsverbot ist nach Auffassung von Canaris eine Differenzierung zwischen kaufmännischem und nichtkaufmännischem Kontokorrent angezeigt. § 355 Abs. 1 HGB enthalte den Gedanken, daß es mit wirtschaftlichem Denken und kaufmännischen Gepflogenheiten unvereinbar sei, den unverzinslichen Zinssaldo als "totes Kapital" stehen zu lassen. Diese Gründe könnten aber bei einem Nichtkaufmann nicht im selben Maße gelten wie bei einem Kaufmann. Mithin seien die Voraussetzungen des § 355 Abs. 1 HGB nicht so unbegründet, daß man sich über sie hinwegsetzen könne und müsse⁸⁾.

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 231, 247.

2) Zu diesem schillernden Begriff vgl. Scheuerle AcP Bd. 163 (1964), S. 429 ff.

3) Raisch, a.a.O., S. 248 f.

4) Ebd., S. 249.

5) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 355 Anm. 12.

6) Canaris, a.a.O.

7) A.a.O., Anm. 14, 126.

8) Großkomm. HGB - Canaris § 355 Anm. 15; vgl. Schlegelberger - Hefermehl § 355 Rn. 19.

Schmidt wendet sich dagegen, den Kaufmannsbegriff bzw. die Kaufmannseigenschaft als tatbestandliche Voraussetzung des in § 355 Abs. 1 HGB erwähnten Kontokorrentbegriffes anzusehen¹⁾. Er unterscheidet statt dessen zwischen der Frage danach, welche Merkmale das Kontokorrent kennzeichnen, und derjenigen, ob die §§ 355 ff. HGB Bestimmungen enthalten, die auf Kaufleute beschränkt sind²⁾. Nach Auffassung von Schmidt folgen die Regelungen der §§ 355 ff. HGB im wesentlichen der privatautonomen Vertragsgestaltung; da es die Privatautonomie jedermann gestatte, Kontokorrentverhältnisse einzugehen, seien auch Nichtkaufleute einzubeziehen.

Anders verhalte es sich dagegen mit der Zinseszinsvorschrift des § 355 Abs. 1 HGB. Es sei allerdings nicht einzusehen, warum angesichts der - von Schmidt konstatierten - Schwächen des gesetzlichen Kaufmannsbegriffes nur der Kaufmann im Sinne des HGB mit einem Nichtkaufmann von vornherein eine Verzinsungspflicht begründen könne. Vielmehr müsse § 355 Abs. 1 HGB auf alle Unternehmensträger - analog - angewendet werden³⁾.

3. Das Kontokorrent als Rechtsverhältnis des Bürgerlichen Rechts

Unabhängig von der dogmatischen Einordnung des Kontokorrents in das Bürgerliche Recht oder das Handelsrecht steht es außer Zweifel, daß es die Privatautonomie zuläßt, eine dem Kontokorrentverhältnis entsprechende Rechtsbeziehung zwischen zwei Nichtkaufleuten zu begründen. Die einzige Schranke, der sich die beiden Parteien bei ihrer Vertragsgestaltung gegenüber sehen, ist die des § 248 Abs. 1 BGB. Diese

1) Handelsrecht, S. 463.

2) Schmidt, a.a.O., S. 463, 464, sowie JZ 1981, S. 127 unter 2.

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 465.

Vorschrift läßt sich im voraus nicht beseitigen. Sofern daher die Vertragspartner - ausdrücklich oder konkludent - Regelungen vereinbaren, die mit den in den §§ 355 Absätze 2 und 3, 356 und 357 HGB genannten Rechtsfolgen übereinstimmen, stellen sich für den Rechtsanwendenden keine Probleme. Die genannten Bestimmungen enthalten, anders als § 355 Abs. 1 HGB, keine Ausnahme von zwingendem Recht, sondern Modifikationen anderer Normen.

Zweifelsfragen tauchen erst dann auf, wenn die Vertragsparteien Rechtsbeziehungen, die dem Kontokorrent ähnlich sind, pflegen, aber es unterlassen, diese Beziehungen näher vertraglich auszugestalten.

Mit der oben zitierten Literatur¹⁾ ist davon auszugehen, daß die Einordnung des Kontokorrents in das HGB einer Analogie grundsätzlich nicht im Wege steht.

Schon der geschichtliche Überblick, der diesem Kapitel vorangestellt wurde, verdeutlicht, daß diese Einordnung zumindest zweifelhaft und nicht unbedingt im Sinne eines "klugen" Gesetzgebers ist. Die Einordnung in das HGB rechtfertigt sich auch nicht, wie Raisch aber offensichtlich meint²⁾, aus einer Ordnungsaufgabe der §§ 355 bis 357 HGB, die untrennbar mit dem Gedanken der Buchführung verbunden sei. Die Tatsache, daß eine Vertragsseite nach kaufmännischer Art Buchführung betreibt, mag zwar ein Anlaß für die Begründung einer Kontokorrentbeziehung sein, ist aber kein essentielles Wesensmerkmal³⁾. In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise, die die Auffassung von Raisch stützen könnten; an eine derartige Ordnungsaufgabe dachte der Gesetzgeber wohl nicht. Im Gegenteil: die Einordnung des Kontokorrents in das HGB war nicht unumstritten; man war sich bewußt, daß Kontokorrentverhältnisse auch unter Nichtkaufleuten vorkommen, erblickte aber den tragenden Grund für die Einordnung der gesetzlichen Bestim-

1) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 355, Anm. 12; Schmidt JZ 1981, S. 129.

2) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 247 ff.

3) Insoweit zutreffend RGRK - HGB - von Godin § 355 Anm. 9.

mungen in das HGB wohl nur in der Statuierung einer Ausnahme vom allgemeinen Zinsesverbot¹⁾.

Gegen die Ansicht von Raisch spricht nicht zuletzt auch die Tatsache, daß ein Kontokorrentverhältnis im Sinne von § 355 Abs. 1 HGB auch zwischen einem Nichtkaufmann und einem Minderkaufmann vereinbart werden kann, obwohl letzterer wegen § 4 Abs. 1 HGB gerade nicht zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichtet ist²⁾. Es läßt sich deshalb kaum annehmen, der Gesetzgeber habe eine Gewähr dafür schaffen wollen, daß wenigstens eine Partei Aufzeichnungen über die einzelnen Forderungen und Leistungen macht³⁾. Entgegen hergebrachter Auffassung ist das Kontokorrent als Rechtsverhältnis des Bürgerlichen Rechts einzuordnen; die Zulässigkeit eines Kontokorrentverhältnisses hängt nicht von der Kaufmannseigenschaft einer Vertragspartei ab.

4. Der Unternehmer als Normadressat der §§ 355 - 357 HGB

Auch wenn man richtigerweise das Rechtsverhältnis des Kontokorrents dogmatisch dem Bürgerlichen Recht zuordnet, so ist damit noch keine verbindliche Feststellung darüber getroffen, ob die in den §§ 355 bis 357 HGB enthaltenen Regelungen auf nichtkaufmännische Kontokorrentverhältnisse in vollem Umfang entsprechende Anwendung finden können. Es muß vielmehr überprüft werden, ob die einzelnen Bestimmungen verallgemeinerungsfähige Gedanken enthalten oder besondere Regelungen für den Fall aufstellen, daß zumindest ein Kaufmann am Kontokorrentverhältnis beteiligt ist.

1) Vgl. Materialien, HGB, S. 355.

2) Raisch (Geschichtliche Voraussetzungen, S. 248 f.) erwähnt zwar selbst, daß angesichts der Befreiung des Minderkaufmanns von der Buchführungspflicht die Buchführung wohl kein notwendiges Merkmal darstellt. Andererseits glaubt er, aus Gründen der Klarheit auf eine Buchführungspflicht nicht verzichten zu können, weshalb er eine Einbeziehung aller Personen vorschlägt, die nach Handels- oder Steuerrecht zur Buchführung verpflichtet sind.

3) So aber Schlegelberger - Hefermehl § 355 Rn. 19.

a) § 355 Abs. 1 HGB

Im Mittelpunkt der in der Literatur geführten Diskussion über die genannten Fragen steht die Bestimmung über die Zulässigkeit desnehmens von Zinseszinsen (§ 355 Abs. 1 HGB).

aa) Meinungsäußerungen von Rechtsprechung und Literatur

Die ältere und bislang noch überwiegende Meinung verneint die Zulässigkeit einer analogen Anwendung unter Hinweis auf den Ausnahmekarakter der Norm, der angesichts der in § 248 Abs. 1 BGB enthaltenen und auf das frühere gemeinrechtliche Verbot zurückgehenden Untersagung anzunehmen sei¹⁾. Raisch befürchtet, die Gestattung einer Zinseszinsvereinbarung führe zu einer "Durchlöcherung eines gesetzlichen Prinzips"²⁾. Auch führe dies zu einer mangelnden Beachtung des Schuldnerschutzes, wie er von § 248 Abs. 1 BGB gefordert werde³⁾.

Auch Schmidt stellt die im BGB getroffene Regelung in den Vordergrund. Er weist jedoch darauf hin, daß es Nichtkaufleute ganz unterschiedlicher Qualität gibt⁴⁾. Da die Minderkaufleute jederzeit ein Kontokorrentverhältnis im Sinne des Handelsrechts begründen können, hält er es für angezeigt, die handelsrechtliche Zinseszinsvorschrift auf alle Unternehmens-träger entsprechend anzuwenden⁵⁾.

1) Insbes. Düringer - Hachenburg - Breit § 355 Anm. 18; RGRK - HGB - von Godin § 355 Anm. 9.

2) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 231. Zu Recht weisen aber bereits Düringer - Hachenburg - Breit § 355 Anm. 5 darauf hin, daß es einen allgemeinen Grundsatz über das Verbot des Anatozismus nicht mehr gibt angesichts der - für das bürgerliche Recht allgemein geltenden - Durchbrechung in § 248 BGB.

3) Raisch, a.a.O., S. 247.

4) Schmidt, Handelsrecht, S. 464.

5) a.a.O., S. 465.

Canaris¹⁾ will einerseits vermeiden, daß die Erwähnung des Kaufmannsbegriffes in § 355 Abs. 1 HGB obsolet wird, da eine solche Betrachtungsweise mit allgemeinen Auslegungsregeln nicht vereinbar sei. Andererseits weist er darauf hin, daß man nicht an formalen Fragen haften bleiben dürfe. Die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff ist aber nach Canaris berechtigt, weil eine Unverzinslichkeit eines Zinssaldos mit wirtschaftlichem Denken und kaufmännischen Gepflogenheiten unvereinbar sei. Daß die nichtkaufmännischen Geschäftspartner ebenfalls Zinsseszinsen verlangen dürfen, sei ein Gebot der Gerechtigkeit²⁾.

bb) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Lösungsansatz

Meines Erachtens kann eine Lösung nur auf dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung des Zinsseszinsverbotes gefunden werden. Die umfassende Verzinslichkeit in Kontokorrentverhältnissen hat sich über lange Zeit in der kaufmännischen Praxis entwickelt. Der Gesetzgeber hat diese Tatsache bei Schaffung des AdHGB abgesegnet, dabei aber offen gelassen, was bei Beziehungen mit Nichtkaufleuten zu gelten habe³⁾. Angesichts einer nach Inkrafttreten des AdHGB immer häufigeren Einbeziehung von Nichtkaufleuten erachtete es der Gesetzgeber des HGB unter Beachtung kaufmännisch-wirtschaftlicher Gesichtspunkte für zulässig und erforderlich, dem gesetzlich Rechnung zu tragen⁴⁾.

Man mag auf diesem Hintergrund das Kriterium der Kaufmannseigenschaft als zur Abgrenzung geeignet ansehen. Es leuchtet aber nicht ein, warum lediglich der Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB, nicht aber jeder Unternehmer, wie er in dieser Arbeit bereits näher beschrieben wurde, der in gleicher Weise wie ein Kaufmann sein Kapital arbeiten

1) Großkomm. HGB - Canaris § 355, Anm. 15.

2) Canaris folgend Schlegelberger - Hefermehl § 355 Rn. 19.

3) Vgl. von Hahn, Art. 291 § 2; Makower Art. 291 Anm. 20 c.

4) Vgl. Materialien HGB, S. 355.

läßt, Anspruch auf Zinseszinsen haben soll. Daß dem Gesetzgeber daran lag, einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise Rechnung zu tragen, läßt sich noch daraus entnehmen, daß auch der Nichtkaufmann vom kaufmännischen Geschäftspartner Zinseszinsen verlangen kann. Dieses Recht mit einem Rückgriff auf das "Gebot der Gerechtigkeit"¹⁾ zu begründen, ist wenig stichhaltig. Man könnte ebenso gut argumentieren, wer eine Kontokorrentbeziehung mit einem Kaufmann begründe, müsse auch dessen Gebräuche akzeptieren. Diese Überlegung ist dem Gesetz grundsätzlich nicht fremd (vgl. §§ 344, Abs. 1, 344 Abs. 2, 366 HGB).

Es liegt viel näher, anzunehmen, daß für den Gesetzgeber wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle spielten. Kontokorrentbeziehungen von Nichtkaufleuten sind nicht alltäglich, sondern gehen einher mit einer gewissen regelmäßigen geschäftlichen und deshalb wirtschaftlich bedeutsamen Betätigung. Daraus läßt sich eine tatsächliche Begrenzung des Normanwendungsbereiches entnehmen. § 355 Abs. 1 HGB entspringt der Überlegung, daß eine wirtschaftliche Denkweise eine Durchbrechung des Zinseszinsverbotes verlangt. Überall dort, wo dieser Gesichtspunkt im Vordergrund steht, und nicht nur im Geschäftsverkehr des Kaufmanns im Sinne der §§ 1 ff. HGB, ist eine Befreiung vom Zinseszinsverbot, auch ohne besondere Vereinbarung, angezeigt.

cc) Der Unternehmer als Subjekt der gesetzlichen Regelung

Auf dem Hintergrund der vorangehenden Überlegungen, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wird deutlich, daß anstelle des Kaufmanns im Sinne der §§ 1 ff. HGB allein der Unternehmer, also derjenige, der mit einer organisierten Wirtschaftseinheit anbietend am Markt tätig wird, den Normadressatenkreis überzeugend kennzeichnen kann.

1) So Großkomm. HGB - Canaris § 355 Anm. 15.

Berücksichtigt man zum einen, daß die geltende Rechtsordnung, wie in § 248 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gebracht, nach wie vor es für grundsätzlich unzulässig ansieht, vor der Fälligkeit von Zinsen eine Vereinbarung über deren Verzinslichkeit zu treffen, zum anderen, daß - wie oben dargelegt - der Gesetzgeber eine Durchbrechung dieses Grundsatzes dort für angezeigt hält, wo aufgrund einer von wirtschaftlichen Gesichtspunkten geprägten Betrachtungsweise dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, "totes Kapital" stehen zu lassen, d. h. auf dessen Einsatz zu betrieblichen Zwecken zu verzichten, so wird deutlich, daß nicht allein der Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB, sondern jeder Unternehmer in den Normadressatenkreis einzubeziehen ist. Die dauerhafte Tätigkeit am Markt mit einer organisierten Einheit, mit einer Ausstattung an sachlichen und persönlichen Mitteln erfordert von dem Unternehmer einen mehr oder weniger großen Kapitaleinsatz, der durch eigene und/oder fremde Mittel abgedeckt werden muß. Ohne einen solchen Einsatz vermag der Unternehmer einen Gewinn kaum zu erzielen. Bleibt ein Guthaben des Unternehmers auf einem Kontokorrentkonto stehen, so ist dem Unternehmen Liquidität entzogen, was Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit und damit den Umfang eines denkbaren Gewinnes nach sich zieht. Bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtung ist dies nur dann sinnvoll, wenn das Kontoguthaben einen Ertrag abwirft, also Zinsen bringt - auch von bereits dem Konto gutgeschriebenen Zinsen.

Die Vorschrift des § 355 Abs. 1 HGB ist daher insoweit auf nichtkaufmännische Unternehmen entsprechend anzuwenden.

dd) Vereinbarkeit der Einbeziehung von Unternehmern mit der Vorschrift des § 248 Abs. 1 BGB

Eine solche Ausdehnung des Normadressatenkreises setzt sich nicht in unzulässiger Weise über die Schutznorm des § 248 Abs. 1 BGB hinweg. Dieser Regelung läßt sich zwar nicht entnehmen, daß Ausnahmen von

dem Verbot des Anatozismus zulässig sind; vielmehr ist die entsprechende Sonderregelung in § 355 Abs. 1 HGB getroffen. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß in der handelsrechtlichen Vorschrift der Ausnahmbereich abschließend festgelegt ist. Eine solche Ausnahme würde die Erkenntnis voraussetzen, daß § 248 Abs. 1 BGB alle Fälle der Vereinbarung von Zinseszinsen erfassen will, soweit sie nicht ausdrücklich anderweitig geregelt sind. Weder Sinn und Zweck der Norm noch die Entstehungsgeschichte lassen eine solche Absicht erkennen. Der Gesetzgeber war sich, wie den Motiven¹⁾ zu entnehmen ist, bewußt, daß möglicherweise eine (gegenüber dem Wortlaut des § 248 Abs. 1 BGB angezeigte) Einschränkung des Adressatenkreises erfolgen müsse, meinte jedoch, daß hierüber nicht bei den Beratungen des BGB zu befinden sei, sondern daß etwaige Einschränkungen im Rahmen der Neukodifikation des HGB erfolgen müßten. Es wurde aber versäumt, bei den parallel laufenden Beratungen über die Abänderung des AdHGB diese Überlegungen mit einzubeziehen. In den Materialien zu § 355 Abs. 1 HGB²⁾ fehlt jeder Hinweis darauf, daß die Kommission bei der Beratung der Vorschriften über das Kontokorrent die Überlegungen der Kommission für die Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches zu der korrespondierenden Vorschrift des § 248 Abs. 1 BGB mit berücksichtigte. Wenn daher die Redaktoren des HGB unzutreffenderweise für die Anwendbarkeit der Kontokorrentvorschriften die Kaufmannseigenschaft wenigstens eines der Beteiligten forderten, so verstößt eine Erweiterung des Normadressatenkreises, der mit Sinn und Zweck der §§ 355 bis 357 HGB im Einklang steht, nicht gegen die Schutzvorschrift des § 248 Abs. 1 BGB.

Eine Verzinsung des Überschusses ab Rechnungsabschluß, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind, kann daher bei allen Kontokorrentverhältnissen, bei denen ein Unternehmer beteiligt ist, gefordert werden.

1) Motive BGB Bd. II, S. 197.

2) Materialien HGB, S. 357.

b) § 355 Abs. 2 und 3 HGB als Ausdruck bürgerlich-rechtlicher Grundsätze

Die Anwendung der in § 355 Absätze 2 und 3 HGB enthaltenen Regelungen auf ein nichtkaufmännisches Kontokorrentverhältnis im Wege eines Ähnlichkeitsschlusses dürfte auf beachtliche Einwände kaum stoßen.

aa) § 355 Abs. 2 HGB

§ 355 Abs. 2 HGB bestimmt, daß im Zweifel eine jährliche Abrechnung zu erfolgen hat. Eine solche Abrechnungsperiode ist keine kaufmännische Besonderheit; es ist kein Grund ersichtlich, warum unter Nichtkaufleuten eine andere - sei es eine kürzere, sei es eine längere - Abrechnungsperiode angemessen sein könnte¹⁾. Mit dem Argument der Buchführungspflicht, aus der sich die Notwendigkeit eines jährlichen Abschlusses möglicherweise herleiten ließe, kann eine Einordnung der Vorschrift als eine spezifisch kaufmännische nicht begründet werden. Wie bereits dargelegt, differenziert das Gesetz nicht zwischen den buchführungspflichtigen Vollkaufleuten und den davon befreiten Minderkaufleuten. Die Buchführungspflicht ist daher kein Wesensmerkmal des Kontokorrents, kann demnach auch nicht als Kriterium zur Abgrenzung bei Ähnlichkeitsschlüssen herangezogen werden.

Anders als bei § 355 Abs. 1 HGB bedarf es auch keiner Beschränkung auf Kontokorrentverhältnisse unter Beteiligung eines Unternehmers; § 355 Abs. 2 HGB stellt keine Ausnahme von einer allgemeinen Rechtsnorm des BGB dar. Die Norm ist deshalb analog auf jedes nichtkaufmännische Kontokorrentverhältnis anzuwenden²⁾.

1) Großkomm. HGB - Canaris § 355 Anm. 14.

2) Großkomm. HGB - Canaris, a.a.O.; Schlegelberger - Hefermehl § 355 Rn. 119; Schmidt, Handelsrecht, S. 464.

bb) § 355 Abs. 3 HGB

Auch die in § 355 Abs. 3 HGB bestimmte jederzeitige Kündigungsmöglichkeit, die sorgfältig von der - grundsätzlich bei Dauerschuldverhältnissen immer zulässigen - Kündigung aus wichtigem Grund zu unterscheiden ist, gilt entsprechend für nichtkaufmännische Kontokorrentbeziehungen.

Die Norm beruht zwar auf einer kaufmännischen Praxis, die im übrigen nicht nur bei dem Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB anzutreffen ist, sondern bei jedem Unternehmer¹⁾; der Gesetzgeber wollte durch die Bestimmung des freien Kündigungsrechts die "in den Handelskreisen vorwiegend herrschende Auffassung"²⁾ gesetzlich fixieren. Primärer Anlaß zur Schaffung des § 355 Abs. 3 HGB dürfte aber die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Lehre von der Kreditfunktion des Kontokorrents zu entkräften³⁾.

Es besteht deshalb kein Anlaß, das jederzeitige Kündigungsrecht auf das "eigentliche" Kontokorrent zu beschränken; § 355 Abs. 3 HGB ist entsprechend auf jede nichtkaufmännische Kontokorrentbeziehung anwendbar⁴⁾.

c) Der Normadressatenkreis des § 356 HGB

aa) Ablehnung einer ausdehnenden Anwendung durch die h.M.

Wie bei § 355 HGB lehnt die bislang herrschende Meinung auch im Rahmen des § 356 HGB die analoge Anwendung der Vorschrift, die das Fortbestehen der zur Verfügung gestellten Sicherheiten auch bei Anerken-

1) Vgl. Materialien HGB, S. 356.

2) Materialien HGB, S. 356.

3) Vgl. Materialien HGB, S. 355: "die Frage, ob mit der Eingehung der Kontokorrent-Verbindung zugleich die Einräumung eines Kredits zu Gunsten eines Beteiligten verbunden ist, kommt für das Wesen des Kontokorrent-Verhältnisses an sich nicht entscheidend in Betracht".

4) Großkomm. HGB - Canaris § 355 Anm. 14; Schlegelberger - Hefermehl § 355, Rn. 119.

nung des Saldos anordnen, ab¹⁾. Dieser Meinung liegt die Auffassung zugrunde, daß § 356 HGB eine Ausnahmenvorschrift darstellt, eine Ausnahmenvorschrift deshalb, weil trotz einer Novation des Schuldverhältnisses die für das ursprüngliche Schuldverhältnis bestellten Sicherheiten weiterhin bestehen bleiben, der Gläubiger in Höhe seines Guthabens aus den Sicherheiten Befriedigung suchen darf. Man erkennt zwar an, daß auch bei einem nichtkaufmännischen Kontokorrent der Untergang der Sicherheiten mit der Interessenlage und dem Willen der Beteiligten nicht übereinstimmen würde. Um trotz der behaupteten Analogieunfähigkeit den in § 356 HGB enthaltenen Rechtsgedanken zum Tragen bringen zu können, verneint die herrschende Lehre beim nichtkaufmännischen Kontokorrent den novierenden Charakter des Saldoanerkenntnisses²⁾.

Diese Argumentation, die nur auf dem Hintergrund der Novationslehre verständlich wird, ist folgendes entgegenzuhalten:

- Die Novationslehre an sich ist bereits fragwürdig. Es wird allgemein anerkannt, daß die Schaffung der in § 356 HGB enthaltenen Rechtsfolge gerade dazu dienen sollte, die Auswirkungen der Novationslehre, nämlich den Wegfall der Sicherheiten bei Saldoanerkenntnis, zu begrenzen³⁾. Es liegt deshalb nahe, den Willen des Gesetzgebers dahin zu interpretieren, daß eine Abkehr von der Novationslehre erfolgen müsse. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber mit § 364 Abs. 2 BGB eine Vorschrift geschaffen hat, deren Funktionsverwandtschaft mit § 356 HGB nicht zu übersehen ist; der handelsrechtlichen Bestimmung kann deshalb keineswegs ein Ausnahmecharakter beigemessen werden⁴⁾.
- Die überwiegend ältere Literaturmeinung hat die in § 356 HGB angeordnete Rechtsfolge mit der des § 1180 BGB verglichen und die Ähn-

1) Vgl. RG Gruchot Bd. 54, S. 407; Düringer - Hachenburg - Breit Anhang §§ 355 - 357 Anm. 8 und 9; RGRK - HGB - von Godin, Anhang § 357 Anm. 5 und 6a, und § 355 Anm. 10.

2) Vgl. Düringer - Hachenburg - Breit, Anhang §§ 355 - 357, Anm. 6; RGRK - HGB - von Godin, Anh. § 357 Anm. 5.

3) RGZ 87, 434, 438; 162, 244, 250; BGH WM 1955, S. 1163; Düringer - Hachenburg - Breit § 356 Anm. 1.

4) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 356 Anm. 2.

lichkeit beider betont¹⁾. Da beide Vorschriften eine Forderungsauswechslung zum Gegenstand haben, vertritt diese Literaturmeinung die Ansicht, daß beiden ein gemeinsames Rechtsprinzip innewohnt. Würde man sich dieser Auffassung anschließen und ein - allgemeines - Rechtsprinzip entnehmen, so wäre erst recht fraglich, warum nach herrschender Meinung § 356 HGB eine Ausnahmenvorschrift darstellen soll, die auf Kontokorrentbeziehungen unter Nichtkaufleuten keine Anwendung finden dürfe²⁾.

bb) § 356 HGB als Ausdruck nichthandelsspezifischer Gedanken

Es ist im Ergebnis wenig hilfreich, nach einer auf ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen beruhenden dogmatischen Grundlage zu suchen. Ein solcher Versuch läßt außer acht, daß § 356 HGB auf einer kaufmännischen Gepflogenheit beruht³⁾ und die Norm dieser Übung rechtsverbindliche Wirkung zukommen läßt. Hieran muß sich die Beantwortung der Frage nach dem Normadressatenkreis und der Zulässigkeit einer Einbeziehung von Nichtkaufleuten, insbesondere kaufmannsähnlichen Unternehmern, orientieren.

Es würde kaufmännischer Anschauung widersprechen, wenn Sicherheiten, die für bestehende Verbindlichkeiten gegeben wurden, durch die Einstellung der Forderungen in das Kontokorrent und der anschließenden Saldoziehung zum Erlöschen kämen⁴⁾. Hierin ist der herrschenden Meinung zuzupflichten. Diese vermag jedoch nicht überzeugend darzutun, warum ein Erlöschen von Sicherheiten nur einer kaufmännischen

1) Wolff, in: Ehrenbergs Handbuch, 4. Bd. 1. Abt. S. 66; auch Staub - Koenige § 356 Anm. 1; in diese Richtung wohl schon RGZ 28, 37.

2) Hinsichtlich der dogmatischen Bedenken, die der Annahme einer gesetzlichen Forderungsauswechslung entgegenstehen, vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 356, Anm. 4.

3) S. Materialien HGB, S. 356; RGRK - HGB - von Godin § 356, Anm. 1; Staub-Koenige § 356, Anm. 1.

4) Materialien HGB, a.a.O..

Betrachtungsweise zuwiderlaufen sollte. Es wird nicht berücksichtigt, daß eine zunächst nur handelsübliche Gepflogenheit im Laufe der Zeit durch Verbreitung des Rechtsgeschäfts, auf das sie sich bezieht, auch in nichtkaufmännischen Kreisen zu einer allgemeinen Gepflogenheit werden kann. Gerade diese Erscheinung ist auch im Zusammenhang mit § 356 HGB zu verzeichnen. Da Kontokorrentbeziehungen nicht nur - wie es ursprünglich der Fall war - zwischen Kaufleuten bzw. zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann bestehen, sondern sich auf der Basis der kaufmännischen Gepflogenheiten auch bei Nichtkaufleuten verbreitet haben, ist in diesem Bereich ebenfalls ein Sicherungsbedürfnis vorhanden, dem Rechnung getragen werden muß. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, die Weiterhaftung der Sicherheiten nach der Saldoanerkennung beim Kaufmann anders als beim Nichtkaufmann zu beurteilen¹⁾.

Da § 356 HGB die Übung nur für einen bestimmten Anwendungsbereich gesetzlich festschreibt, ohne der tatsächlichen Ausdehnung der Kontokorrentbeziehungen Rechnung zu tragen, bedarf es einer analogen Anwendung der Norm auf nichtkaufmännische Verhältnisse²⁾ angesichts der Gleichheit von Parteiwille und -interesse.

d) Der Anwendungsbereich des § 357 BGB

aa) Stellungnahme der h. M.

Auch bei der Bestimmung des § 357 HGB sind nach noch überwiegender Auffassung einer entsprechenden Anwendung unüberwindliche Schranken gesetzt. Wie bei § 356 HGB betont die herrschende Meinung bei dieser Norm den Ausnahmecharakter der Rechtsregel und entnimmt daraus ein Analogieverbot.

1) Hefermehl, FS. Lehmann, S. 551.

2) Großkomm. HGB - Canaris § 356 Anm. 2.

Bereits zu Beginn der Arbeit ist auf die Fragwürdigkeit "jener juristischen Trägheitsformel"¹⁾, die da lautet: Ausnahmenvorschriften sind einer analogen Anwendung nicht zugänglich, hingewiesen worden. Singuläre Rechtsvorschriften schließen ihre analoge Anwendung nicht aus. Die Analogie ist lediglich mit besonderer Vorsicht zu handhaben. Der aus singulären Rechtsvorschriften hergeleitete analoge Obersatz muß sich im Rahmen der rechtspolitischen Zwecksetzung des singulären Rechtssatzes selbst halten²⁾. Eine analoge Anwendung verbietet sich nur dort, wo der gebildete Obersatz die Grundsatzregelung durchbricht und damit neues Recht schafft.

Würde damit schon die Einordnung der Norm in die Kategorie der singulären Rechtsvorschriften uns grundsätzlich nicht hindern, sie auf andere als die ausdrücklich genannten Normadressaten anzuwenden, so gilt dies um so mehr, als der behauptete Ausnahmecharakter³⁾ zweifelhaft ist. Zumindest ist der Umfang der Ausnahme vom - allgemeinen - Bürgerlichen Recht längst nicht so groß, wie es die bislang überwiegende Meinung darstellt.

bb) Die Vermeidung einer Gläubigergefährdung als Normzweck

Es besteht heute wohl Einigkeit darüber, daß der Zweck der Norm von dem Gedanken getragen ist, der Gläubiger eines Kontokorrentpartners dürfe bei einer Pfändung des Saldos nicht durch eine der Pfändung nachfolgende Veränderung des Saldos geschädigt werden⁴⁾. Der Gesetzgeber des HGB wollte eine Abkehr von dem bis dahin herrschenden Rechtszustand, der dem pfändenden Gläubiger nur einen Anspruch auf dasjenige gewährt, was sich bei dem nächsten vereinbarungsgemäßen Rechnungsabschluß als Guthaben des Schuldners ergibt. Ziel der gesetz-

1) Heck, AcP Bd. 112 (1914), S. 189.

2) Bartholomeyczik, S. 113.

3) Vgl. Düringer - Hachenburg - Breit Anh. §§ 355 - 357, Anm. 8; RGK - HGB - von Godin Anh. § 357 Anm. 6 a.

4) RG JW 1901, S. 653; Denkschrift HGB, S. 200; Düringer - Hachenburg - Breit § 357 Anm. 1.

geberischen Maßnahme war und ist der Schutz der Gläubiger, die davor bewahrt werden sollen, daß der Schuldner ihnen die Saldoforderung durch Schaffung neuer Schuldposten ganz oder teilweise entzieht¹⁾. Damit ist sicherlich eine Einschränkung der Privatautonomie verbunden: die Unwirksamkeit vertraglicher Vereinbarungen im Hinblick auf Dritte, die Unterordnung eines an sich zulässigen Rechtsgeschäfts gegenüber den Gläubigerinteressen. Insoweit stellt § 357 HGB eine Ausnahmevorschrift, ein *jus singulare*, dar.

Diese Feststellung hat aber keine Aussagekraft im Hinblick auf die Frage, ob die Norm nur Anwendung finden kann und darf, wenn es sich um ein kaufmännisches Kontokorrent handelt, also entsprechend der Definition des § 355 Abs. 1 HGB wenigstens einer der Kontokorrentpartner Kaufmann im Sinne des HGB ist. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, daß die einen Gläubigerschutz bezweckende Norm nur herangezogen werden darf, wenn ein Kaufmann am Kontokorrentverhältnis beteiligt ist. Die noch überwiegende Literaturmeinung stützt denn auch ihre ablehnende Haltung weniger auf den Normzweck des § 357 HGB als vielmehr auf die allgemeine Doktrin von der Unzulässigkeit der Gleichsetzung des kaufmännischen mit dem nichtkaufmännischen Kontokorrent²⁾.

cc) Normzweck und Kaufmannseigenschaft

§ 357 HGB enthält meines Erachtens keinen Gedanken, der an die Kaufmannseigenschaft eines Kontokorrentbeteiligten anknüpft und deshalb nicht verallgemeinerungsfähig wäre. Die Vorschrift durchbricht - ähnlich wie § 851 Abs. 2 ZPO - den grundsätzlichen Gleichlauf von Zessions- und Pfändungsrecht³⁾, respektiert aber auch die Besonderheit des Konto-

1) Großkomm. HGB - Canaris § 357 Anm. 1.

2) Düringer - Hachenburg - Breit, Anh. §§ 355 - 357 Anm. 8;
RGRK - HGB - von Codin Anh. § 357 Anm. 6 a.

3) Großkomm. HGB - Canaris § 357 Anm. 2.

korrents, indem ein Zugriff auf die in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen verwehrt, der Gläubiger stattdessen auf die Saldoforderung verwiesen wird. Das Ergebnis der Abwägung zwischen den Interessen der Kontokorrentpartner einerseits und denen des Gläubigers andererseits, das in § 357 HGB seinen Niederschlag gefunden hat, wird von der Frage der Kaufmannseigenschaft nicht beeinflusst. Es gilt alleine, den Besonderheiten einer Kontokorrentverbindung gebührend, aber nicht übermäßig, Rechnung zu tragen.

Demnach ist immer dann, wenn eine Kontokorrentbeziehung im Sinne des gegenseitigen In-Rechnung-Stellens und Verrechnens vorliegt, auch § 357 HGB anwendbar, sei es unmittelbar, sei es – sofern das in § 355 Abs. 1 HGB enthaltene Tatbestandsmerkmal "Kaufmann" nicht erfüllt ist – analog¹⁾.

5. Zusammenfassung

Faßt man die gewonnenen Erkenntnisse zusammen, so läßt sich folgende Feststellung treffen:

Die Vorschriften über das Kontokorrent sind auf Abrechnungsverhältnisse, an denen zwar kein Kaufmann, jedoch ein Unternehmensträger beteiligt ist, in vollem Umfange im Wege eines Analogieschlusses anwendbar.

Erneut zeigt sich damit die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, daß nicht der in den §§ 1 ff. HGB umschriebene Kaufmannsbegriff, sondern der des Unternehmers in weiten Bereichen handelsrechtlicher Regelungen den richtigen Normadressaten kennzeichnet.

Wendet man diese Erkenntnisse auf die eingangs geschilderten Fallbeispiele an, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß die §§ 355 bis 357 HGB entsprechende Anwendung auf das Kontokorrentverhältnis zwischen Z und L finden.

1) Großkomm. HGB – Canaris § 357 Anm. 5; Schlegelberger – Hefermehl § 355 Rn. 121.

III. Geschäftsbesorgungsaufträge an Nichtkaufleute (§ 362 HGB)

Beispielsfall:

Architekt A, der ein sehr erfolgreiches Architekturbüro leitet, hat für seinen Kunden K schon mehrfach private Bauvorhaben betreut und diesen regelmäßig bei Investitionen in Immobilien beraten. Eines Tages bittet K den A schriftlich, schnellstmöglich Pläne zum Umbau eines Hauses, das K erworben hat, zu entwerfen. Muß A, der im Moment mit Arbeit überlastet ist, ausdrücklich ablehnen, wenn er nicht tätig werden will?

1. Bedeutung und Entstehungsgeschichte des § 362 HGB

a) Die Vorschrift als Ausnahme von einem bürgerlich-rechtlichen Grundsatz

§ 362 Abs. 1 HGB bildet eine Ausnahme von dem Grundsatz des Bürgerlichen Rechts, daß Schweigen keine Annahme eines Angebotes zum Vertragsschluß bewirkt (vergl. §§ 145 ff. BGB). Das BGB rezipiert damit römisch-rechtliche Gedanken¹⁾. Im Hinblick auf die Fragestellung dieser Arbeit, die Möglichkeit der Einbeziehung von Unternehmer in den Normadressatenkreis des HGB, braucht nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob im Bürgerlichen Recht "Schweigen" mit "Ablehnung" eines Vertragsangebotes gleichzusetzen ist, damit also eine Willenserklärung bildet²⁾ oder ob "Schweigen" eine "Nichterklärung" darstellt, damit gerade nicht den Charakter einer Willenserklärung trägt³⁾. Jedenfalls führt im Anwendungsbereich des BGB Schweigen auf ein Vertragsangebot nicht zum Vertragsschluß.

1) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 251; eingehend zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Problems des Stillschweigens auf Willenserklärungen Wurst, S. 26 ff.

2) Raisch, a.a.O., S. 250 mit Fn. 2.

3) So Schmidt, Handelsrecht, S. 399 m.w.N.

Das Gesetz legt in einigen Fällen dem Schweigen ausdrücklich eine bestimmte rechtliche Bedeutung zu, sei es Ablehnung, sei es Zustimmung¹⁾, ohne damit jedoch eine endgültige Entscheidung über die Rechtsnatur des Schweigens treffen zu wollen. Für einen bestimmten Bereich rechtlich relevanten Verhaltens durchbricht § 362 Abs. 1 HGB aber dieses System der Einzelregelung. Die handelsrechtliche Norm besagt allerdings nicht, daß im kaufmännischen Verkehr Schweigen grundsätzlich mit Zustimmung bzw. der Annahme eines Angebotes gleichzusetzen ist. Ein solcher Grundsatz ist auch dem Handelsrecht fremd²⁾. Gäbe es ihn, so wäre die in § 362 Abs. 1 HGB angeordnete Einschränkung nicht recht verständlich. Neben dieser aus dem Wortlaut der Norm folgenden Auslegung zeigt auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift - auf die später noch hinsichtlich der Frage, ob nicht der Begriff des Unternehmers den Normadressatenkreis kennzeichnet, zurückzukommen ist - daß ein allgemeiner Grundsatz, Schweigen bedeutet Zustimmung bzw. Annahme, dem Handelsrecht nicht bekannt ist.

b) Gesetzliche Vorläufer der Norm

§ 362 Abs. 1 HGB ist hervorgegangen aus Artikel 323 Abs. 1 AdHGB³⁾. Diese Vorschrift normierte einen bis dahin bereits geltenden Handelsbrauch⁴⁾ für den Tätigkeitsbereich der Handelsvertreter und Kommissionäre⁵⁾. Das AdHGB erweiterte aber den Anwendungsbereich, indem alle Kaufleute, soweit sie an Geschäftsverbindungen beteiligt sind, einbezogen wurden⁶⁾.

1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 399.

2) Vgl. RG JW 1922, S. 1717, BGHZ 1, 353, 355; 61, 282, 285.

3) "Wenn zwischen dem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich derselbe gegen letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist er zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Übernahme des Auftrages gilt."

4) Makower, Art. 323, Erl. 9.

5) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 251.

6) Zur Entstehung und Entwicklung des Handelsbrauches vgl. i. ü. Wurst, S. 26 ff.

Ein zwingender Grund für die Ausdehnung des Brauches im Wege der Normierung auf alle Kaufleute ist nicht ersichtlich. Auf die hiergegen erhobenen Bedenken¹⁾ ging die mit der Entwurfserstellung befaßte Nürnberger Kommission nicht ein. Möglicherweise läßt sich eine Erklärung darin finden, daß der Gesetzgeber nicht eine bestimmte Branche in den Vordergrund gerückt wissen wollte²⁾. Man war sich im Gesetzgebungsverfahren aber einig, daß die statuierte Gleichsetzung von Schweigen mit der Annahme eines Angebotes auch im Bereich des Handelsrechts keinen allgemeinen Grundsatz bilden könne³⁾. Demgemäß ging die Rechtsprechung vom Charakter einer Ausnahmenorm aus, der die analoge Anwendung auf einen anderen Personenkreis als den ausdrücklich genannten verbiete⁴⁾.

Parallel zu der Regelung im AdHGB sahen einige partikuläre Bürgerliche Gesetzbücher ebenfalls bei Bestehen einer Geschäftsverbindung die Pflicht des Angebotsempfängers zur ausdrücklichen Ablehnung der Offerte vor, wenn ein Vertragsschluß verhindert werden sollte⁵⁾.

c) Motive des historischen Gesetzgebers

Im Zuge der Neukodifikation des HGB und dem Entwurf eines allgemein gültigen Bürgerlichen Gesetzbuches hatten sich die Gesetzgebungskom-

-
- 1) Vgl. die bei Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 254, zitierten Stimmen.
 - 2) Vgl. Makower Art. 323 Erl. 9.
 - 3) Gareis/Fuchsberger, Art. 323 Anm. 338; von Hahn Art. 323 § 1; Makower, a.a.O.
 - 4) ROHG Bd. 1, S. 79 ff.; 2, S. 89 ff.
 - 5) Vgl. § 1298 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1863: "Hat jemand, welcher zur Führung fremder Geschäfte öffentlich bestellt ist, oder sich dazu öffentlich erboten hat, einen ihm in Folge dessen erteilten Auftrag nicht ohne Verzögerung abgelehnt oder eine ihm erteilte schriftliche Vollmacht nicht ohne Verzögerung zurückgegeben, so ist der Auftrag als von ihm angenommen zu betrachten." Ähnlich bestimmte bereits das pr. ALR in I, 13 §§ 13 - 14, daß Personen, welche zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt wurden, zwar ein Angebot ablehnen können, daß aber die Verzögerung einer Antwort Annahme des Auftrages bedeutet.

missionen mit diesen Bestimmungen auseinandersetzen. Für den Bereich des BGB entschied man sich gegen die Fiktion eines Zustandekommens des Vertrages und für die bereits in anderen Gesetzen niedergelegte Schadensersatzpflicht, "weil dies den allgemeinen Grundsätzen entspricht, während eine Fiktion sich nur aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit rechtfertigen ließe"¹⁾. So entstand die Bestimmung des § 663 BGB.

Die Verfasser des HGB gingen davon aus, daß die kaufmännische Anschauung von den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts abweiche. Im Handelsverkehr sei es bei Bestehen einer Geschäftsverbindung selbstverständlich, daß die Ablehnung einer Offerte ausdrücklich erklärt werden muß²⁾. Gerade hierin, so meinten die Verfasser, liege die Besonderheit und der Vorteil einer kaufmännischen Geschäftsverbindung³⁾. Eine nähere Auseinandersetzung mit der von der Kommission zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches vorgeschlagenen Regelung hielt die Kommission zur Neufassung eines HGB nicht für erforderlich⁴⁾. Man war offensichtlich ganz darauf fixiert, einem Handelsbrauch, von dessen Existenz man ohne weiteres ausging, Normqualität und damit Rechtsverbindlichkeit zu verschaffen.

2. Die Diskussion um den Normadressatenkreis in Rechtsprechung und älterem Schrifttum

Für den Bereich des individuellen Anerbietens einer Geschäftsbesorgung ziehen also die beiden Normen, § 362 Abs. 1 HGB bzw. § 663 BGB, die

1) Motive BGB Bd. II, S. 530.

2) Materialien HGB, S. 358.

3) Lediglich in den Fällen, in denen das Angebot zur Geschäftsbesorgung durch öffentliches Erbieten erfolgt sei, könne es, so die Verfasser der Denkschrift, bei der im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches enthaltenen Regelung sein Bewenden haben.

4) Kritisch zu dieser Vorgehensweise Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 255 f.

Trennungslinie hinsichtlich der Rechtsfolgen, die das Schweigen auf ein Anerbieten zum Vertragsschluß nach sich zieht, bei der Kaufmannseigenschaft des Schweigenden. Ist der Angebotsempfänger Kaufmann, hat dessen Schweigen das Zustandekommen des Vertrages zur Folge; handelt es sich um einen Nichtkaufmann, bewirkt das Schweigen keinen Vertragsschluß, der Schweigende ist dem Antragenden aber zum Ersatz des Schadens, des sogenannten Vertrauensschadens, verpflichtet.

Nach dem Wortlaut des § 362 Abs. 1 HGB ist die Einbeziehung kaufmannsähnlicher Unternehmer in den Normadressatenkreis in Folge der Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff der §§ 1 ff. HGB ausgeschlossen. Die Einbeziehung des Unternehmers läßt sich jedoch aus der ratio legis der Vorschrift heraus rechtfertigen, der analogen Anwendung der Norm stehen - wie im folgenden zu zeigen ist - Hindernisse nicht im Wege.

a) Begrenzte Ausdehnung durch die Rechtsprechung

Die entsprechende Anwendung des § 362 Abs. 1 HGB ist Rechtsprechung und Literatur durchaus nicht fremd. Die strikte Trennung zwischen § 663 BGB einerseits und § 362 Abs. 1 HGB andererseits ist nie eingehalten worden. So hat der Bundesgerichtshof beispielsweise entschieden, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben das Schweigen eines Nichtkaufmannes auf ein Vertragsangebot zum Abschluß des Vertrages führen könne, wenn das vorausgegangene Verhalten des Angebotsempfängers die berechtigte Erwartung hervorgerufen habe, daß dieser widersprechen werde, wenn er den Auftrag ablehnen wolle¹⁾. Der Argumentation des Bundesgerichtshofes läßt sich die - richtige - Auffassung entnehmen, daß die Haftung aufgrund Schweigens zu einem Vertragsan-

1) Vgl. BGH BB 1962, S. 1056 unter Hinweis auf Staudinger - Weber (10./11. Aufl.) § 242, Rn. 219 f.; i. E. dem BGH zustimmend Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 259.

gebot kein spezifisches Problem des Handelsrechts ist, wenngleich sicherlich in diesem Bereich die Frage von jeher besonders relevant war und ihr auch heute noch die größte Bedeutung zukommt¹⁾, sondern vielmehr ein allgemeines dogmatisches Problem darstellt.

b) Meinungen und Tendenzen in der Literatur

Auch die Literatur hat sich mit der Frage nach dem Normadressatenkreis des § 362 Abs. 1 HGB beschäftigt. Im Vordergrund stehen jedoch Überlegungen, ob die vom Gesetz vorgenommene Trennung sachgerecht ist; die Frage, ob unabhängig davon der Unternehmer nicht gleich dem Kaufmann zum Kreis der von der Vorschrift erfaßten Personen zählt, wird - soweit ersichtlich - nicht gestellt.

Die wohl überwiegende Literaturmeinung lehnt eine analoge Anwendung des § 362 Abs. 1 HGB auf ähnliche Tatbestände außerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs ab. Zum einen wird dies formal mit der Stellung der Norm im Handelsgesetzbuch begründet²⁾. Bereits oben ist dargelegt worden, daß diese Argumentation nicht zu überzeugen vermag. Zum anderen wird behauptet, lediglich der kaufmännische Geschäftsverkehr rechtfertige die Besonderheit einer Antwortpflicht³⁾. Eine feste Reglementierung der Rechtsfolgen des Schweigens sei wegen des erforderlichen Verkehrsschutzes im Bereich des Handelsrechts sehr viel wichtiger als im Bürgerlichen Recht. Demnach kann dem Schweigen eines Nichtkaufmanns die gleiche Wirkung wie die von § 362 Abs. 1 HGB angeordnete nur dann zugebilligt werden, wenn sich zwischen den Parteien ein entsprechender Geschäftsverbindungsbrauch nachweisen läßt⁴⁾.

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 259.

2) Müller-Graff, S. 204; Staudinger - Nipperdey (10./11. Aufl.) § 663, Rn. 5.

3) Vgl. RGRK - HGB - von Godin § 362 Anm. 4; auch Müller-Graff, S. 204.

4) Müller-Graff, S. 204.

Andere Literaturstimmen meinen, das gleiche Ergebnis, ähnlich wie der Bundesgerichtshof in dem zitierten Urteil, durch Heranziehung der Grundsätze von Treu und Glauben erzielen zu können und müssen¹⁾.

In neueren Stellungnahmen wird versucht, ohne Rückgriff auf die in § 242 BGB niedergelegten Grundsätze eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 362 Abs. 1 HGB (ohne Begrenzung auf einen bestimmten Adressatenkreis) zu erreichen. Raisch²⁾ erwägt eine Ausdehnung auf alle Geschäftsbesorgungsfälle im Rahmen eines Unternehmens. Canaris³⁾ schlägt eine analoge Anwendung vor, wenn und soweit ein Nichtkaufmann ähnlich einem Kaufmann am Rechts- und Handelsverkehr teilnimmt. Auch Schmidt⁴⁾ befürwortet eine Analogie hinsichtlich aller Träger von Unternehmen, um die sonst vorhandenen Ungereimtheiten zu beseitigen.

3. Neuere Überlegungen zur Einbeziehung aller Unternehmer

a) Begründungsversuche im Schrifttum

Die Frage nach der Einbeziehung des kaufmannsähnlichen Unternehmers wird ersichtlich erst in neuester Zeit gestellt. Die Begründungsversuche zur Rechtfertigung der dazu notwendigen analogen Anwendung des § 362 Abs. 1 HGB können aber nicht ganz überzeugen. Es genügt entgegen der wohl von Canaris⁵⁾ vertretenen Auffassung nicht, die analoge Anwendung auf den Unternehmer mit einer Ausdehnung eines Handelsbrauches zu rechtfertigen, wenn doch zumindest zweifelhaft ist, ob

-
- 1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 944; unklar Schlegelberger - Hefermehl § 362 Rn. 8.
 - 2) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 258.
 - 3) Capelle/Canaris, S. 120; Vertrauenshaftung, S. 206.
 - 4) Handelsrecht, S. 406.
 - 5) Vgl. Capelle/Canaris, S. 120.

der jetzige unmittelbare Anwendungsbereich der Norm auf einen bereits bei der Kodifikation vorhandenen kaufmännischen Brauch rückführbar ist. Canaris¹⁾ unterschätzt deshalb die Bedeutung des Problems, wenn er im Hinblick auf die von ihm befürwortete Ausdehnung des § 346 HGB und der Einordnung des § 362 Abs. 1 HGB als einer aus einem Handelsbrauch hervorgegangenen Norm eine Ausweitung des Normadressatenkreises der Regelung pauschal befürwortet.

Auch die von Schmidt²⁾ angeführten Gründe zur Rechtfertigung einer analogen Anwendung auf den Unternehmer lassen eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den rechtlichen Gegebenheiten vermissen. Immerhin gibt es im Bürgerlichen Recht, dem alle Rechtsverhältnisse, die vom Handelsgesetzbuch nicht geregelt werden sollen, unterliegen, in Gestalt des § 663 BGB eine Norm, die eine andere Rechtsfolge anordnet. Es bedarf deshalb einer genauen Untersuchung, ob nicht, insbesondere über die Rückführung des Normzwecks auf einen entsprechenden Handelsbrauch hinaus, der Bestimmung ein Grundgedanke innewohnt, der mit der Beschränkung auf einen kaufmännischen Normadressatenkreis unvereinbar ist, d. h. der mit dem in den §§ 1 ff. HGB niedergelegten Kaufmannsbegriff nicht in Einklang zu bringen ist, wohl aber mit dem Begriff des Unternehmers und deshalb die Einbeziehung dieses Personenkreises ermöglicht, wenn nicht sogar fordert.

b) Die dogmatische Begründung einer Antwortpflicht als Voraussetzung zur Beurteilung des Normadressatenkreises

Die in der Literatur geführte Diskussion konzentriert sich fast ausschließlich auf die Frage der dogmatischen Begründung und Einordnung der Wirkung des Schweigens als Annahme. Nur selten³⁾ widmet man sich dem Problem, aus welchem Grund dem Empfänger des Angebotes

1) Capelle/Canaris, S. 120.

2) Handelsrecht, S. 406.

3) Z. B. Müller-Graff, S. 196 ff.; Wurst, S. 56.

bei Bestehen der Geschäftsverbindung vom Gesetz eine "Pflicht" zu unverzüglicher Antwort auferlegt wird, deren Nichterfüllung die Annahme des Angebotes bewirkt. Die Lösung dieser vorrangigen Frage müßte zwangsläufig auch eine Antwort darauf ermöglichen, ob neben dem Kaufmann auch der Unternehmer zum Normadressatenkreis des § 362 Abs. 1 HGB zählt.

aa) Die Antwortpflicht als Ausfluß der Rechtsgeschäftslehre

Philipowski¹⁾ glaubt, mit einer der Rechtsgeschäftslehre entspringenden Begründung die Frage beantworten zu können. Er konstatiert eine vom Gesetzgeber zur unwiderlegbaren Rechtsvermutung verstärkte tatsächliche Vermutung, daß der angegangene Kaufmann das Risiko nicht scheut, einen Ersatz der Aufwendungen, die er für fremde Rechnung und Gefahr zur Ausführung der Geschäftsbesorgung macht, oder die versprochene bzw. übliche Vergütung nicht zu erlangen. Denn in der Geschäftsverbindung liegt, so Philipowski, eine gegenüber dem Auftraggeber vorher ausdrücklich oder schlüssig abgegebene Erklärung seiner Neigung, mit jenem weitere Geschäfte abzuschließen²⁾.

bb) Antwortpflicht und Vertrauensgrundsatz

Insbesondere Raiser³⁾ und Ballerstedt⁴⁾ sehen in der durch § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB angeordneten Rechtsfolge eine Form des Vertrauensschut-

1) Die Geschäftsverbindung, S. 1 ff.

2) Philipowski, S. 92 f.; vgl. auch Raiser, AGB, S. 7 Fn. 3.

3) AGB, S. 136.

4) AcP Bd. 151, S. 501 f.

zes aufgrund des Vertrauensverhältnisses, das durch die Geschäfts-
verbindung hervorgerufen wurde. Demgegenüber meint Fabricius¹⁾, das
Vertrauen des Antragenden auf eine Annahme oder eine unverzügliche
Mitteilung der Ablehnung sei deshalb schutzwürdig, weil sich der Ange-
botsempfänger durch Untätigkeit in Widerspruch zu seinem vorangegan-
genen Verhalten setzen würde. Die Rechtsfolge des § 362 Abs. 1 Satz
1 HGB werde primär durch das "vorangegangene Tun" erzeugt²⁾. Ca-
naris sieht in § 362 Abs. 1 HGB einen Fall der Rechtsscheinhaftung.
Diese finde ihre Rechtfertigung zum einen in dem besonderen Sicher-
heitsbedürfnis des kaufmännischen Verkehrs, zum anderen darin, daß
man von Kaufleuten grundsätzlich die Kenntnis der Handelsbräuche er-
warten darf und daß demzufolge ein erhöhter Vertrauenstatbestand vor-
liegt³⁾.

cc) Verkehrsschutzgedanken

Verkehrsschutzgedanken stellt Schmidt⁴⁾ in den Vordergrund. Anstatt -
wie die Lehre von der Rechtsscheinhaftung - den Akzent auf das zu
legen, was fehlt (Erklärung, Erklärungsbewußtsein) und das Vorhan-
dene (das Schweigen) zum Anlaß für den Rechtsscheinschutz zu nehmen,
müsse beim positiven Merkmal, von dem auch das Gesetz ausgehe, ange-
knüpft werden: beim Schweigen. Dem Schweigen sei deshalb Annahme-
wirkung beigemessen, weil das objektive Recht es aus Gründen des Ver-
kehrsschutzes so will.

1) JuS 1966, S. 54.

2) Fabricius, a.a.O.

3) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 200 ff.; Capelle/Canaris, S. 119.

4) Handelsrecht, S. 405.

dd) Schutz der Erwartung erhöhter Geschäftsbereitschaft

Einen anderen Deutungsversuch unternimmt Müller-Graff. Nach seiner Auffassung schützt § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB die Erwartung erhöhter individueller Geschäftsbereitschaft in Folge bisherigen Geschäftsverkehrs. Der innere Grund der Antwortobliegenheit liege darin, daß es sich bei einer Geschäftsverbindung um einen wirtschaftlichen Wert handle; der Offerent könne daher bei dem angegebenen Kaufmann dessen Interesse an der Erhaltung dieses wirtschaftlichen Wertes voraussetzen¹⁾.

c) Kritik der Deutungsversuche

Der Begründungsversuch von Philipowski vermag nicht zu überzeugen. Warum aus einer Verpflichtung zur Geschäftsbereitschaft nahtlos eine unverzügliche Antwortpflicht bei Zugang eines Angebotes entstehen soll, läßt sich dieser Lösung nicht entnehmen; außerdem steht die Einordnung in die Rechtsgeschäftstheorie nicht im Einklang mit § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB, der ja dann sich erübrigen würde.

Auch die Theorien über den von § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB bezweckten Vertrauensschutz vermögen nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen. Zwar ist es grundsätzlich richtig, daß das Interesse des Antragenden Schutz verdient, wenn der Geschäftspartner sein bisheriges Verhalten ohne vorherigen Hinweis ändert. Diese Theorien vermögen aber nicht zu erklären, warum auch bei erstmaligem Angehen des Geschäftspartners bereits ein Vertrauen in das Zustandekommen des einseitig in Aussicht genommenen Vertrages geschützt werden soll. Man könnte zwar als auslösendes Moment auch für einen solchen Vertrauensschutz das "Sich-Erbieten" ansehen, es stellt sich dann aber sogleich die Frage, warum

1) Müller-Graff, S. 199.

man dem Erbieten eines Kaufmannes mehr vertrauen darf (daß der Vertrag auch im Falle des Schweigens zustande gekommen sei), als dem - individuellen - Erbieten eines Nichtkaufmanns gemäß § 663 Satz 2 BGB (im Falle des Schweigens kann der Antragende lediglich Schadensersatz, nicht aber Erfüllung begehren). Auch die üblicherweise zu erwartende Entgeltlichkeit kaufmännischer Dienste kann kein Abgrenzungsmerkmal bilden, denn § 663 Satz 2 BGB findet über § 675 BGB gleichermaßen auch auf entgeltliche nichtkaufmännische Geschäftsbesorgungen Anwendung.

Auch die sogenannte Verkehrsschutztheorie kann eine einleuchtende Erklärung nur für die in § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB genannten Fälle liefern. Das Sicherheitsbedürfnis der Kaufleute oder die Leichtigkeit und Schnelligkeit im Handelsverkehr¹⁾ bilden keine überzeugenden Argumente dafür, daß ein Nichtkaufmann, der einen Kaufmann um eine Geschäftsbesorgung angeht, auf Vertragserfüllung im Falle des Schweigens bestehen darf. Der Gedanke des Vertrauensschutzes wäre nur dann in vollem Umfange überzeugend, wenn der Anwendungsbereich des § 362 Abs. 1 HGB sich auf Geschäfte bzw. Geschäftsbesorgungen unter Kaufleuten beschränkte.

Auch die Erklärungsversuche von Müller-Graff führen letztlich nicht weiter. Es mag sein, daß der Offerent davon ausgeht, der Geschäftspartner sei an der Erhaltung der Geschäftsverbindung interessiert²⁾. Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber die in § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB angeordnete Rechtsfolge deshalb geschaffen hat, weil üblicherweise davon ausgegangen werden kann, daß ein Kaufmann niemals eine Gewinnchance auslassen werde. Jedenfalls soweit es um die erstmalige Besorgung von Geschäften geht (§ 362 Abs. 1 Satz 2 HGB), dürfte diese Annahme nicht ohne weiteres zutreffen. In diesen Fällen liegen für den Kaufmann noch keine sicheren Anhaltspunkte vor, ob die Geschäftsverbindung erfolgreich sein wird, also einen wirtschaftlichen Wert³⁾ bildet. Darüber hinaus vermag diese Normdeutung nicht darzutun, warum im nichtkaufmännischen Bereich im Falle des individuellen Anerbie-

1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 404.

2) Ähnlich in der Argumentation Philipowski, S. 93.

3) Müller-Graff, S. 199.

tens einer entgeltlichen Dienstleistung etwas anderes gilt. Auch dort kann man davon ausgehen, daß es demjenigen, der seine Dienste anbietet, um die Erzielung eines Gewinnes geht.

4. Das Unternehmen als vertrauensbegründendes Merkmal

a) Vorbemerkung

Allen Deutungsversuchen wohnt der gleiche Fehler inne: Die primäre Berücksichtigung einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung und eine nur ungenügende Auseinandersetzung mit der Tatsache, daß die in § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB angeordnete Rechtsfolge gleichermaßen zur Geltung kommt, wenn bislang eine Geschäftsverbindung noch nicht besteht, sondern nur ein individuelles Anerbieten einer Geschäftsbesorgung erfolgte. An dieser vom Gesetz angeordneten Gleichstellung bei der Fallgestaltung muß sich die Lösung der Frage nach dem Normzweck und damit auch nach dem Normadressatenkreis orientieren.

b) Das Vertrauen des Geschäftspartners auf die organisierte Wirtschaftseinheit als Grundlage einer Antwortpflicht

Ein wichtiger Gedanke, der die in § 362 Abs. 1 HGB angeordnete Rechtsfolge zu begründen vermag, ist die gewisse Öffentlichkeitswirkung, die ein (kaufmännischer) Gewerbebetrieb aus seiner wirtschaftlich-soziologischen Funktion heraus entfaltet¹⁾. Es liegt auf der Hand, daß das einem Unternehmen, von dem ein planmäßig anbietendes Tätigwerden am Markt, das Vorhandensein einer Organisation etc. bekannt ist, entge-

1) Vgl. Fabricius, JuS 1966, S. 51.

gengebrachte Vertrauen anders, wesentlich größer, intensiver ist, als dasjenige gegenüber einer sonstigen (nichtunternehmerischen) Person, von der nicht anzunehmen ist, daß deren Anerbieten auf dem Hintergrund des dauerhaften Erzielens wirtschaftlich werthafter Leistungen erfolgt. Der Geschäftspartner, der einer organisierten Wirtschaftseinheit, einem Unternehmen, das Angebot auf eine Geschäftsbesorgung unterbreitet, gewinnt seinen Glauben daran, daß der Angegangene eine Ablehnung ausdrücklich mitteilen werde, falls der Vertrag nicht zustande kommen soll, aus dem Erscheinungsbild des Gebildes, das ihm gegenübersteht. Aus der vorhandenen Organisation, aus dem Bestand von personellen und sachlichen Mitteln, aus der anbietenden Tätigkeit am Markt, gegebenenfalls auch aus einer - vermuteten - Gewinnerzielungsabsicht, kurz, aus all den Merkmalen, die das Unternehmen und seinen Inhaber kennzeichnen, und die sein Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit prägen, wird üblicherweise der Schluß gezogen, daß eine Registrierung des Angebotes des Antragenden erfolgt und die erforderliche Entscheidung über die Frage der Annahme getroffen wird. Da die Besorgung von fremden Geschäften zum Tätigkeitsschwerpunkt des Unternehmens zählt, liegt zugleich die - berechnete - Überlegung nahe, daß das Angebot (wenn es nicht gar zu außergewöhnlich ist) angenommen ist, wenn nicht eine ausdrückliche Ablehnung erklärt wird.

c) Bestehender bzw. angebahnter Kontakt mit dem Inhaber eines Unternehmens als vertrauenbegründender Umstand

Es mag zweifelhaft sein, ob diese Überlegungen allein schon die durch § 362 Abs. 1 HGB angeordnete Rechtsfolge zu rechtfertigen vermögen. Das Gesetz begnügt sich auch nicht mit diesem Gedanken, sondern führt als weiteren, wichtigen Gesichtspunkt das Merkmal der "Geschäftsverbindung" ein bzw. das Kriterium des "persönlichen Anerbietens". Das Gesetz verknüpft so das allgemeine Vertrauen gegenüber einem tätigen Unternehmen¹⁾ mit dem speziellen Vertrauen, das seine Grundlage, sein

1) S. die vorangehenden Ausführungen.

Entstehen, in Handlungen des Geschäftspartners und Angebotsempfängers hat - entweder aufgrund des bisher bestehenden geschäftlichen Kontakts oder durch die bewußte, zielgerichtete Anbahnung von Geschäften¹⁾.

Beide Aspekte zusammengekommen rechtfertigen den Schutz des Antragenden bei Schweigen seines Geschäftspartners und damit die in § 362 Abs. 1 HGB statuierte Rechtsfolge.

Der im Vergleich zum Bürgerlichen Recht erweiterte Schutz des Antragenden berücksichtigt das durch die Umstände gesteigerte Vertrauen gegenüber einem Gewerbebetrieb, das sich in einem erhöhten Sicherheitsgefühl des Offerenten äußert. Insoweit heißt es zutreffend in den Materialien, daß der besondere Vorteil einer Geschäftsverbindung gerade in dem Vertrauensverhältnis auf die Besorgung des angetragenen Geschäfts, sofern eine Ablehnung nicht erklärt wird, liege²⁾.

Für die Klärung der eingangs gestellten Frage, ob auch der nichtkaufmännische Unternehmer unter den Normadressatenkreis fällt, ist damit ein wichtiger Gesichtspunkt gewonnen. Die Antwort läßt sich unabhängig davon finden, ob man mit der herrschenden Meinung § 362 HGB als Ausnahmeregel gegenüber § 663 BGB ansieht³⁾ bzw. als Sondernorm⁴⁾ oder mit Hanau⁵⁾ § 663 BGB als positiv-rechtliche Ausnahme zu § 362 HGB bezeichnet⁶⁾.

Die Kriterien, die die Deutung der ratio legis der Norm ermöglichen, begründen eine Ausdehnung der Anwendung der Vorschrift auf jeden Unternehmer als den eigentlichen Adressaten der Vorschrift. Sieht man die Rechtfertigung der angeordneten Rechtsfolge in dem Bedürfnis eines

1) Vgl. Fabricius, JuS 1966, S. 51.

2) Denkschrift HGB, S. 201.

3) So Fabricius, JuS 1966, S. 52; Capelle/Canaris, S. 118.

4) Schlegelberger - Hefermehl § 362 Rn. 5; Schmidt, Handelsrecht, S. 403.

5) AcP Bd. 165 (1965), S. 244.

6) Ein näheres Eingehen auf diese Problematik erübrigt sich deswegen.

besonderen Schutzes des Vertrauens aufgrund eines geschäftlichen Kontakts und einer allgemein gesteigerten Erwartungshaltung gegenüber einem Unternehmen, so kann nicht am Wortlaut des § 362 Abs. 1 HGB festgehalten und die Kaufmannseigenschaft des Angebotsempfängers zur Voraussetzung gemacht werden. Dem Offerenten ist es gleich, ob sein Geschäftspartner, der zum einen ein Unternehmen bekanntermaßen leitet und zum anderen einen geschäftlichen Kontakt mit dem Anbietenden aufrecht erhält, Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB ist oder lediglich kaufmannsähnlicher Unternehmer. Das Vertrauen wird ausgelöst durch die vom Geschäftspartner geschaffenen Voraussetzungen; nicht die Kaufmannseigenschaft, sondern die Existenz eines Unternehmens, einer organisierten Wirtschaftseinheit mit einem anbietenden Tätigwerden am Markt ist entscheidend.

Im Ergebnis ist deshalb der von Schmidt¹⁾ und Canaris²⁾ geäußerten Auffassung beizutreten.

Die von Müller-Graff³⁾ vorgebrachten Argumente gegen eine Ausweitung des Normadressatenkreises sind demgegenüber nicht überzeugend. Die "Besonderheit des kaufmännischen Verkehrs", die sich durch eine "Zentrierung auf den Abschluß von Geschäften" äußern soll, ist keine Besonderheit des kaufmännischen, sondern eine solche allgemeine des unternehmerischen Verkehrs. Auch die befürchtete Aufweichung fester und überschaubarer Regeln⁴⁾ ist ein Scheinargument.

Berücksichtigt man bei der Prüfung eines Sachverhaltes, bei dem der Angebotsempfänger zwar Unternehmer, nicht aber Kaufmann ist, die oben im einzelnen genannten und erläuterten Kriterien, so ist zweifelsohne immer eine rasche und sachgerechte Lösung möglich.

1) Handelsrecht, S. 406.

2) Capelle/Canaris, S. 120; vgl. auch Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 257.

3) S. 204.

4) Vgl. Müller-Graff, S. 204.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die in § 362 Abs. 1 HGB getroffene Regelung den näher gekennzeichneten Unternehmer als den richtigen Normadressaten ansieht und damit auf alle Geschäftsbesorgungsfälle von Unternehmern Anwendung finden kann und muß.

Demgemäß ist in dem eingangs geschilderten Beispiel Architekt A zur unverzüglichen Ablehnung des Auftrages verpflichtet; schweigt er, kommt der Auftrag zustande, K kann gegebenenfalls auf Erfüllung klagen.

IV. Bestätigungsschreiben zwischen Nichtkaufleuten

Fallbeispiele:

- a) A, der gelegentlich Filme makelt, und Produzent B haben mündlich eine neue Provisionsvereinbarung für die Maklertätigkeit getroffen. A bestätigt das Gespräch anschließend in einem Schreiben an B und erklärt, daß - entgegen dem Handelsbrauch - die Provision bereits bei Bekanntwerden der Einspielerlöse fällig sei. Hierüber war entgegen der Annahme des A noch keine endgültige Einigung erzielt worden. B unterläßt es, dem Schreiben zu widersprechen. Kann A sich wegen der Provisionsansprüche auf sein Schreiben berufen?
- b) Rechtsanwalt R hat den Architekten A mit dem Umbau seiner Kanzlei beauftragt. A bestätigt den mündlich abgeschlossenen Vertrag in einem Schreiben unter Angabe des Zeitpunktes, bis zu dem die Pläne erstellt sein müssen. R ist der Meinung, es sei ein wesentlich früherer Termin vereinbart worden; er widerspricht jedoch nicht. Kann A dem R, der alsbald auf Vorlage der Pläne drängt und mit der Kündigung des Vertrages droht, auf den Inhalt seines Schreibens verweisen?

1. Begriff und Entstehungsgeschichte der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben

a) Definition des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Unter einem "kaufmännischen Bestätigungsschreiben" versteht man allgemein zwei grundsätzlich verschiedene Arten von Urkunden:

- zum einen das sogenannte deklaratorische Bestätigungsschreiben, das vorausgegangene Vertragsverhandlungen sowie den daraus resultierenden Vertragsschluß lediglich bestätigen soll ;
- zum anderen das sogenannte konstitutive Bestätigungsschreiben, das einen grundsätzlich in Aussicht genommenen Vertragsschluß verbind-

lich herbeiführt¹⁾.

Beide Fälle sind rechtsdogmatisch zu trennen²⁾.

Was sie verbindet, ist der nahezu einhellig vertretene Satz, wonach jedem Bestätigungsschreiben, dem nicht widersprochen wird, konstitutive Wirkung beizumessen ist. Daraus läßt sich eine Definition des Rechtssatzes über das kaufmännische Bestätigungsschreiben wie folgt zusammenfassen:

Der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens muß dem Schreiben unverzüglich widersprechen, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. Widerspricht er nicht, so muß er das bestätigte Rechtsgeschäft mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt hinnehmen, es sei denn, er wiese Unredlichkeit des Absenders nach oder führe den Nachweis, daß das Schreiben von den vorausgegangenen Abreden so weit abweicht, daß der Absender vernünftigerweise nicht auf die Billigung vertrauen konnte³⁾.

b) Die Entwicklung der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben durch die Rechtsprechung

Die zustimmende Wirkung eines Schweigens in der vorbezeichneten Art wird schon seit den Tagen des Bundesoberhandelsgerichts von der Rechtsprechung angenommen; das Reichsoberhandelsgericht hat daran festgehalten⁴⁾. Auch das Reichsgericht hat die begonnene Rechtsprechung uneingeschränkt fortgesetzt und zusammen mit den Untergerichten mehr und mehr den persönlichen Anwendungsbereich der genannten

1) Schmidt, Handelsrecht, S. 421 m.w.N.

2) Ebd.

3) Ebd., S. 413 f.

4) Vgl. ROHG Bd. 1, S. 76, 81; 11, S. 432; 15, S. 94, 97.

Grundsätze ausgedehnt¹⁾.

Angesichts dessen ist es nicht verwunderlich, daß der Bundesgerichtshof heute von einem anerkannten Rechtsgrundsatz des oben angegebenen Inhaltes spricht²⁾ und keinen Anlaß sieht, die Richtigkeit zu prüfen oder von dieser bisherigen Rechtsprechung abzuweichen³⁾.

Die Rechtsprechung stützt sich zur Begründung und zur normativen Absicherung ihrer Auffassung auf einen entsprechenden Handelsbrauch⁴⁾, der sich bereits vor Inkrafttreten des AdHGB unter Kaufleuten herausgebildet hat. Strittig ist lediglich lange Zeit gewesen, ob das Schweigen als Willenserklärung im Sinne einer Zustimmung anzusehen ist oder ob das Zustandekommen des Vertrages mit den in dem Bestätigungsschreiben genannten Bedingungen deshalb anzunehmen ist, weil eine gegenteilige Willensäußerung fehlt. In der älteren Rechtsprechung findet sich regelmäßig der Hinweis, daß das Schweigen als Zustimmung, das heißt also als Willenserklärung, anzusehen ist⁵⁾. In einer älteren Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁶⁾ wird ausgeführt, daß derjenige, der ein Bestätigungsschreiben widerspruchsfrei entgegennehme, dadurch seine Zustimmung zu dem Inhalt des Schreibens zum Ausdruck bringe. Ganz deutlich knüpft hier der Bundesgerichtshof an die insbesondere von Krause⁷⁾, aber auch von Ratz⁸⁾ vertretene Ansicht an, im Falle des Schweigens sei eine Willenserklärung zu fingieren⁹⁾.

1) Vgl. RG JW 1907, S. 149; JW 1914, S. 673; LZ 1920, Sp. 766; Warn. Rspr. 1932, Nr. 32; OLG Stettin, Das Recht 1904, Nr. 1130; OLG Hamburg OLGE 23, 2; OLG Naumburg OLG E 28, 369 f.

2) BGH Z 7, 187, 189.

3) BGH Z 20, 149, 153 f.

4) Schmidt, Handelsrecht, S. 414 mit Rechtsprechungsnachweisen.

5) RG LZ 1929, Sp. 1032 f.

6) BGHZ 7, 187, 189.

7) Schweigen, S. 131.

8) In: RGRK - HGB § 346 Anm. 10.

9) Von der Annahme einer Willenserklärung zu unterscheiden ist die in der Literatur anzutreffende Auffassung, daß das Schweigen selbst eine Willenserklärung darstellt, vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 416.

Jedoch schon in der bekannten Entscheidung im 11. Band der amtlichen Sammlung (BGH Z 11, 1, 3) betonte der Bundesgerichtshof, daß die Wirkungen des Schweigens auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführen sind, weil der Rechtsverkehr eine Antwort des Empfängers vernünftigerweise erwarten dürfe. In späteren Entscheidungen wird zwar nochmals das Vorliegen einer - fingierten - Willenserklärung angedeutet¹⁾, jedoch heißt es in einer anderen Entscheidung unmißverständlich²⁾, daß die Rechtswirkungen, die dadurch ausgelöst werden, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens dieses unbeantwortet läßt, "nicht auf seiner - zu unterstellenden - zustimmenden Willenserklärung, sondern darauf beruhen, daß er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs für verpflichtet gehalten wird, dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zu widersprechen, wenn es nicht als genehmigt angesehen werden soll". Das Schweigen des Empfängers stellt sich also dar als ein zurechenbares Nichterklären³⁾.

2. Die Wandelung des Bestätigungsschreibens vom Handelsbrauch zu einem verallgemeinerten Grundsatz

Der Begriff des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" könnte zu der Annahme verleiten, daß der Eintritt der Rechtswirkungen die Beteiligung von Kaufleuten voraussetzt. Dem ist jedoch nach fast einhelliger Meinung nicht so.

1) BGH WM 1962, S. 301, 302.

2) BGH Z 20, 149, 153 f.

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 417.

a) Ausdehnung des Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung

Richtig ist am Begriff des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" allein, daß dieser Terminus sich aus einem Brauch unter Kaufleuten entwickelt hat. Die Rechtsprechung begann aber bereits sehr früh, den wohl als zu eng empfundenen Anwendungsbereich der Grundsätze mehr und mehr auszudehnen und damit unbewußt Kritik an dem gesetzlich normierten Begriff des Kaufmanns im Sinne des HGB zu üben. So wird schon in einer Entscheidung des OLG Stettin¹⁾ ausgeführt, daß es nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitten angebracht sein könne, die Grundsätze gegenüber Nichtkaufleuten anzuwenden²⁾. Stets findet sich der Hinweis auf die Grundsätze von Treu und Glauben und zugleich die Forderung auf Prüfung der jeweiligen Umstände des einzelnen Falles³⁾.

Während die bisher zitierten Entscheidungen, wie auch später die Stellungnahmen des Bundesgerichtshofes⁴⁾, ausschließlich den Fall im Auge hatten, daß der Empfänger des Bestätigungsschreibens Nichtkaufmann ist, wird in anderen Entscheidungen⁵⁾ eine Anwendung der Grundsätze, d. h. eine Pflicht zum Widerspruch, sofern nicht der Inhalt des Schreibens für die Vertragsparteien Gültigkeit haben soll, auch für den Fall bejaht, daß der Absender des Bestätigungsschreibens kein Kaufmann ist.

Eine ausdrückliche Stellungnahme der Rechtsprechung zu der Frage, ob die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben auch dann - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - Anwendung finden können, wenn auf beiden Seiten Nichtkaufleute beteiligt sind, konnte bisher nicht festgestellt werden. Jedoch dürften aufgrund der von der Rechtsprechung

1) Das Recht 1904, Nr. 1130.

2) Ähnlich RG JW 1914, S. 673.

3) RG LZ 1920, Sp. 766; JW 1931, S. 522, 524.

4) BGH Z 1, 353; 7, 187; 11, 1; 20, 149.

5) BGH Z 40, 42; WM 1973, S. 1376; in diese Richtung schon RG Warn. Rspr. 1932, Nr. 32.

gebildeten Kriterien, die eine Anwendung der Grundsätze auf Nichtkaufleute rechtfertigen, auch bei dieser Fallgestaltung die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben zur Anwendung gebracht werden können. Für Absender wie auch Empfänger des Bestätigungsschreibens gleichermaßen verlangt die Rechtsprechung, daß Nichtkaufleute in die Grundsätze dann einzubeziehen sind, wenn sie - als Absender - erwarten können, daß der Kontrahent ihnen gegenüber nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß den kaufmännischen Gepflogenheiten verfährt, oder - als Empfänger - nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei dem Absender die Annahme wecken, daß entsprechend den kaufmännischen Gepflogenheiten verfahren wird. Ob eine Anwendung der Grundsätze erfolgen kann, ist nach Auffassung der Rechtsprechung nicht schematisch zu klären, sondern bedarf einer genauen Prüfung der Umstände des Einzelfalles. Entscheidend soll dabei sein, ob der von dem Nichtkaufmann unterhaltene Betrieb in größerem Umfang am Verkehrsleben teilnimmt¹⁾.

b) Stellungnahmen des Schrifttums zum Anwendungsbereich

Die Literatur hat sich im wesentlichen der Auffassung der Rechtsprechung angeschlossen. Unterschiede bestehen jedoch zum einen im Hinblick auf die Frage, worin die Grundsätze für das kaufmännische Bestätigungsschreiben ihre normative Grundlage finden, zum anderen im Zusammenhang mit der Frage nach der Einordnung des Schweigens in die Rechtsgeschäftslehre. Hier gehen die Meinungen weit auseinander. Die Vorschläge reichen von der Einordnung des Schweigens in die Kategorie der Willenserklärungen²⁾, über die Fiktion einer Willenserklärung³⁾,

1) BGH Z 1, 353, 355; BGH WM 1964, S. 652; BGH DB 1967, S. 1362; ähnlich bereits RG JW 1931, S. 522, 524.

2) Vgl. Mü. Komm-Kramer § 151 Rn. 22 mit Fn. 58; Schmidt, Handelsrecht, S. 416.

3) Enneccerus-Nipperdey AT, S. 950; in diese Richtung auch die oben zit. Rspr.

die Annahme einer Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung¹⁾ bis hin zu Lösungsversuchen mit Hilfe eines Vertrauensschutztatbestandes²⁾ oder der Zurechnung eines Nichterklärens³⁾.

Gegen die unreflektierte Übernahme der von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht über den Begriff des Bestätigungsschreibens haben sich lediglich Bydlinski⁴⁾ und, ihm folgend, Kramer⁵⁾ ausgesprochen. Beide wollen auf dem Hintergrund von Vertrauens- und Verkehrsschutzgedanken nur solche Bestätigungsschreiben im Rechtsverkehr zulassen, in denen das zwischen den Parteien Vereinbarte lediglich ergänzt oder konkretisiert wird, ohne die erkennbaren Interessen des Partners zu beeinträchtigen. Für die Annahme eines konstitutiven Bestätigungsschreibens ist dann kein Raum⁶⁾.

Ein näheres Eingehen auf diese Problematik kann hier nicht erfolgen. Bemerkenswert ist allerdings, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich unter dem Eindruck der Argumente Bydlinskis von ihrer bisherigen Auffassung abgerückt ist⁷⁾.

Auch hinsichtlich der Frage, ob die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben auf Nichtkaufleute Anwendung finden können, befindet sich die Literatur im wesentlichen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung. Lediglich Schmidt-Salzer⁸⁾ hat versucht, aus systematischen Überlegungen heraus die Unvereinbarkeit der Aus-

1) Z. B. Hanau AcP 165 (1965), S. 250.

2) Diederichsen, JuS 1966, S. 138; Staudinger - Coing (10./11. Aufl.), Vorbem. 6a vor § 116.

3) So Schmidt, S. 416.

4) In FS. Flume, S. 335 ff.

5) In der Kommentierung des Mü. Komm. zu § 151 BGB, Rn. 13 ff.

6) Bydlinski, FS Flume 355; ders., Privatautonomie, S. 199; Kramer, a.a.O., Rn. 21.

7) Kramer, a.a.O., Rn. 22 mit Fn. 55.

8) BB 1971, S. 591, 594.

dehnung auf Nichtkaufleute mit der Ordnungsentscheidung des Gesetzgebers in den §§ 1 bis 5 HGB darzulegen. Eine dadurch entstehende Lücke will er um der Rechtssicherheit willen, die nur durch eine klare Abgrenzung mittels der Definition des Kaufmanns im HGB aufrecht zu erhalten sei, in Kauf nehmen.

Diese Ansicht ist jedoch vereinzelt geblieben.

Bei der Suche nach den Kriterien, die nach Meinung der Literatur für eine Einbeziehung von Nichtkaufleuten erfüllt sein müssen, stößt man auf die gleichen Überlegungen, die auch von der Rechtsprechung herangezogen werden:

Der Gedanke von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte¹⁾, die Teilnahme des Nichtkaufmanns am Geschäftsverkehr ähnlich einem Kaufmann²⁾.

Eine Differenzierung zwischen Absender und Empfänger erfolgt nicht oder nur durch Hinweis auf die Rechtsprechung³⁾.

Einen anderen Lösungsversuch bietet Canaris⁴⁾ an. Er schlägt vor, in einer Analogie zu Vorschriften des Handelsgesetzbuches gänzlich auf eine Anknüpfung an die Kaufmannseigenschaft des Bestätigenden zu verzichten. Bezüglich des Schweigenden schließt er sich dagegen der Rechtsprechung an. Noch anders argumentiert Schmidt⁵⁾, der schweigende Nichtkaufmann sei einem Kaufmann gleich zu behandeln, wenn nach Art und Umfang seiner Tätigkeit von ihm erwartet werden kann, daß er einem Bestätigungsschreiben widerspreche, wenn er es nicht gelten lassen wolle. Der Absender könne schon dann mit einer Beachtung der kaufmännischen Gepflogenheiten rechnen, wenn er ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnehme⁶⁾

1) Vgl. Friemel, S. 36 f.; Krause, Schweigen, S. 128 f.; Staub - Koenige, Anh. zu § 372 HGB, Anm. 38 a.

2) Diederichsen JuS 1966, S. 138; Götz, S. 246 ff.; Hadding, S. 82 f.; Mü. Komm.-Kramer § 151 Rn. 45; einschränkend Flume, Rechtsge-schäft, S. 662; Schlegelberger - Hefermehl § 346 Rn. 28.

3) Mü. Komm.-Kramer § 151, Rn. 45.

4) Capelle/Canaris, S. 127.

5) Handelsrecht, S. 418 f.

6) Schmidt, Handelsrecht, S. 419.

Wesentliche Unterschiede zwischen Rechtsprechung und Literatur sind, jedenfalls soweit es die überwiegende Meinung in der Literatur betrifft, also nicht festzustellen.

3. Rechtliche Grundlagen des Rechtsbegriffes

Ob die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben nur den Kaufmann im Sinne des HGB oder aber auch Nichtkäuferleute, insbesondere den Unternehmer, als Normadressaten erfassen, hängt mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen davon ab, auf welche Rechtsnorm die Konsequenzen eines Schweigens gestützt werden können. Auch wenn diese Grundsätze handelsrechtlichen Bestimmungen entspringen, so wäre zu überlegen, ob nicht diese Rechtsgrundlagen neben dem Kaufmann den näher gekennzeichneten Unternehmer von Sinn und Zweck her miteinbeziehen und deshalb im Wege der Analogie eine Ausdehnung des Adressatenkreises vorgenommen werden kann.

a) Herausbildung aus einem Handelsbrauch?

Nach überwiegender Ansicht gelten die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben kraft Handelsbrauch¹⁾; aus einem derartigen Brauch haben sich die Grundsätze entwickelt²⁾. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts hat sich das Reichsgericht auf einen entsprechenden Handelsbrauch bezogen und die Pflicht zum sofortigen Widerspruch aus § 346 HGB abgeleitet. Das Gericht mein-

1) Schlegelberger - Hefermehl § 346, Rn. 29; Schmidt, Handelsrecht, S. 414.

2) ROHG Bd. 1, S. 76, 89.

te¹⁾, es würde den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und auch den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn man die Berufung eines Kaufmannes auf ein derartiges, mit diesen Gewohnheiten und Gebräuchen nicht im Einklang stehendes und überdies die letzteren Grundsätze verletzendes Verhalten, d. h. die Unterlassung eines Widerspruchs im Falle des mangelnden Einverständnisses mit dem Bestätigungsschreiben, zulassen würde. Auch der Bundesgerichtshof stellt auf § 346 HGB und damit den Handelsbrauch ab, wenn er ausführt²⁾, "der Empfänger eines Bestätigungsschreibens, der sich auf das Schreiben nicht erklärt, ist deswegen gebunden, weil Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauung des Verkehrs eine Antwort von ihm erfordert hätten".

Im Ergebnis gleich ist die von Krause³⁾ vertretene Meinung, nicht nur durch das Gesetz, sondern auch durch die Verkehrsauffassung und die Handelssitte könnten die Wirkungen typischer Erklärungsakte normiert werden. Ratz⁴⁾ führt unter Verwerfung anderer Erklärungsversuche aus, die Wirkung des Schweigens sei ohne besondere Konstruktion auf einen entsprechenden Handelsbrauch und der einem solche innewohnenden normativen Wirkung zurückzuführen.

Auch die Erklärungsversuche von Hanau⁵⁾ zielen letztendlich in die gleiche Richtung. Die Folgen einer Verletzung der von ihm konstatierten "Erklärungsobliegenheit" werden durch Handelsbrauch und Verkehrssitten normiert.

Einen Rückgriff auf § 346 bzw. § 362 HGB lehnt dagegen Dilcher⁶⁾ ab. Er sieht in beiden Normen keine hinreichende Grundlage für die Normierung der Folgen eines Nichterklärens. Als Basis für die Annahme einer Bindungswirkung durch Schweigen erkennt er allein § 242 BGB an. In

1) RGZ 54, 176, 182.

2) Vgl. BGH Z 11, 1, 5.

3) Schweigen, S. 128 ff.

4) In RGRK - HGB § 346 Anm. 10.

5) AcP 165 (1965), S. 252.

6) Staudinger - Dilcher Vorbem. zu §§ 116 - 144, Rn. 50 ff.

die gleiche Richtung zielt Diederichsen¹⁾, der Vertrauens- bzw. Verkehrsschutzgedanken in den Vordergrund stellt. Canaris²⁾ sieht es für naheliegend an, von einer Rechtscheinhaftung kraft verkehrsmäßig typisierten Verhalten auszugehen und als positiv-rechtlichen Aufhänger den in den §§ 75 h, 91 a, 362 HGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken zu verwenden.

Flume³⁾ macht dagegen erst gar nicht den Versuch, eine dogmatische Grundlage für die Wirkungen des Schweigens zu liefern. Er beschränkt sich mehr auf eine Analyse des tatsächlichen Zustandes und folgert, das kaufmännische Bestätigungsschreiben sei zu einer Rechtsfigur der Rechtsordnung geworden⁴⁾, die rechtliche Regelung habe sich gegenüber dem Handelsbrauch verselbständigt.

Zwar führt er einige Zeilen vorher aus, daß die Wirkungen des Schweigens auf einen entsprechenden Handelsbrauch zurückzuführen sind. Ob dieser Brauch mit der Rechtsordnung aber übereinstimmt, wird nicht untersucht; es wird lediglich betont, daß es sachgerecht war, den Handelsbrauch durch die Rechtsordnung anzuerkennen.

Versucht man, die verschiedenen Deutungsversuche zusammenzufassen, so lassen sich die unterschiedlichen Auffassungen im wesentlichen in drei Gruppen von Erklärungsversuchen einordnen: Die Rechtswirkungen des Bestätigungsschreibens haben ihre Grundlage

- in einem Handelsbrauch mit normierender Kraft,
- in Verkehrs- und Vertrauensschutzgedanken,
- im (handelsrechtlichen) Gewohnheitsrecht.

1) JuS 1966, S. 138.

2) Capelle/Canaris, S. 121; Vertrauenshaftung, S. 206 ff.

3) AcP 161 (1962), S. 66; Rechtsgeschäft, S. 666.

4) Flume, a.a.O., ebenso Schmidt, Handelsrecht, S. 414.

b) Kritik der herrschenden Meinung

Begnügt man sich mit der Annahme eines Gewohnheitsrechts, so kann die eingangs gestellte Frage nach der Einbeziehung von Nichtkaufleuten sehr rasch beantwortet werden. Auch insoweit hat sich durch verfestigte Rechtsprechung und Literatur ein Gewohnheitsrecht herausgebildet, wonach bestimmte Nichtkaufleute, die ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnehmen, Kaufleuten gleich zu behandeln sind. Die Frage nach dem Erfordernis der Kaufmannseigenschaft stellt sich erst gar nicht mehr; eine Reflexion der Tatbestandsmerkmale der Grundsätze wird allenfalls dann erfolgen müssen, wenn weitere Arten von Nichtkaufleuten einbezogen werden sollen.

Es dürften dann auch keine Bedenken gegen die Annahme bestehen, daß der Unternehmer, wie er in dieser Arbeit näher definiert wurde, unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft sowohl Normadressat des Rechtssatzes vom Bestätigungsschreiben ist, d. h. sich sein Schweigen als Zustimmung zurechnen lassen muß, als auch Absender eines Bestätigungsschreibens mit den daraus für den Empfänger folgenden Konsequenzen sein kann.

Die Auffassung, die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben seien aufgrund Gewohnheitsrecht zur Anwendung zu bringen, kann jedoch nicht überzeugen.

Als Gewohnheitsrecht bezeichnet man allgemein Rechtsregeln, die nicht von einem Gesetzgeber statuiert sind, bei denen vielmehr die Überzeugung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft von ihrer Geltung unmittelbar in deren Verhalten (Übung, Gewohnheit) zum Ausdruck kommt¹⁾. Wie noch zu zeigen sein wird, ist bereits die Annahme, die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben seien im Hinblick auf ihren Rechtsgeltungsanspruch nicht auf eine vom Gesetzgeber statuierte Regel zurückzuführen, verfehlt. Aber selbst wenn man dies außer acht läßt, zeigt doch die Tatsache, daß der Personenkreis, den man der Rechtsregel unterstellen will, mehr und mehr ausgedehnt wird, daß es an der für die

1) Staudinger - Coing, Einleitung vor §§ 1 ff., Rn. 234.

Annahme von Gewohnheitsrecht erforderlichen gleichförmigen Betätigung einer Norm über einen längeren Zeitraum hinweg¹⁾ fehlt.

Auch die Verbindlicherklärung der Grundsätze durch die ständige Rechtsprechung²⁾ kann nicht die Annahme eines entsprechenden Gewohnheitsrechts nahelegen. Abgesehen davon, daß es sehr zweifelhaft ist, ob Richterrecht, dem durch eine ständige Rechtsprechung Ausdruck verliehen wird, als Gewohnheitsrecht aufgefaßt werden kann³⁾, fehlt es an der allgemeinen Überzeugung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Die Überzeugung, daß die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben zur Anwendung kommen müssen, herrscht allein in den beteiligten Verkehrskreisen, im kaufmännischen bzw. kaufmannsähnlichen Geschäftsverkehr, vor. Es fehlt der für die Annahme von Gewohnheitsrecht erforderliche Geltungswille der Gemeinschaft⁴⁾. Auch der - naheliegende - Gedanke eines "partiellen" Gewohnheitsrechts wäre verfehlt. Was es gibt, sind die Anschauungen einzelner Verkehrskreise, sie können aber nicht ohne weiteres als allgemeine Rechtssätze anerkannt werden. Sie sind zwar nicht bedeutungslos, aber nicht Gewohnheitsrecht, sondern als Verkehrsrecht einzuordnen⁵⁾.

Auch die Annahme der normierenden Kraft eines Handelsbrauches dürfte bereits im Ansatz verfehlt sein. Zwar können Bräuche im unternehmerischen Verkehr eine Quasi-Normfunktion übernehmen. Als Rechtsnorm mit dem Anspruch auf Rechtsgeltung sind sie nicht anzusehen. Sie stellen lediglich die handelsrechtliche Verkehrssitte dar, setzen also Geltungszeitraum und einverständliche Übung durch den Verkehrskreis voraus, nicht aber Rechtsgeltungswillen⁶⁾. Gerade darin zeigt sich der entscheidende Unterschied zum Gewohnheitsrecht. Eine normierende Kraft enthalten Verkehrssitten jedoch nicht⁷⁾, sie sind vielmehr ein die Auslegung mitbestimmender tatsächlicher Faktor.

Sicherlich sind die Grenzen zwischen Handelsübung und Handelsgewohnheitsrecht fließend, bedenkt man, daß ein Handelsbrauch auch dann maßgeblich sein kann, wenn ein Beteiligter und Betroffener ihn nicht

1) Vgl. Staudinger - Coing, Einleitung vor §§ 1 ff., Rn. 235.

2) Vgl. BGH Z 7, 187, 189.

3) S. die Kritik von Coing, a.a.O., Rn. 238, und Mü. Komm. - Säcker, Einleitung vor §§ 1 ff., Rn. 80.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT I.1, S. 166.

5) Vgl. Staudinger-Coing Einleitung vor §§ 1 ff., Rn. 238.

6) Schmidt, Handelsrecht, S. 18.

7) BGH NJW 1966, S. 503.

kennt¹⁾. Gleichwohl dürfen die Unterschiede nicht verwischt werden. Ein Handelsbrauch, der gegen Treu und Glauben verstößt, ist unwirksam; seine Nichtbeachtung kann keine negativen Folgen nachsichziehen. Gewohnheitsrecht kann dagegen als langdauernde Übung, die nicht nur von einzelnen Verkehrskreisen als recht und billig empfunden wird, die ursprünglich durch Treu und Glauben gezogenen Grenzen erweitern, solange es den grundsätzlichen sittlichen Anschauungen der Gemeinschaft nicht widerspricht. Dann steht es im Rang dem Gesetz gleich²⁾.

Ein Rückgriff auf § 346 HGB hätte damit de facto die Umwandlung einer Auslegungsrichtlinie in eine eigenständige Rechtsquelle zur Folge. Damit aber wird der Vorschrift ein Inhalt beigelegt, der ihr - wie oben bereits dargelegt - nicht zukommt³⁾.

c) Die vertrauensbegründende Geschäftsverbindung als Grundlage des Bestätigungsschreibens

Richtig ist es meines Erachtens, auch bei der Frage nach dem Geltungsgrund der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben an den bereits bei § 362 HGB dargelegten Gedanken des Vertrauens- und Verkehrsschutzes anzuknüpfen⁴⁾. Es genügt allerdings nicht, das gewünschte Ergebnis, die Bindung des Adressaten an sein Schweigen, durch die Feststellung eines dem Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches innewohnenden Ordnungsprinzips⁵⁾ zu begründen. Ein derartiges System würde, was Bydlinski und Kramer⁶⁾ zu recht betonen, eine Abweichung von zunächst Vereinbartem oder gar einen Vertragsschluß trotz vorheriger Uneinigkeit durch ein unwidersprochenes Bestätigungsschreiben

1) RGZ 95, 242, 243; BGH BB 1973, S. 635; Schlegelberger - Hefermehl § 346, Rn. 31.

2) BGH NJW 1958, S. 709.

3) Vgl. Mü. Komm.-Kramer § 151, Rn. 15.

4) Vgl. Kramer, a.a.O., Rn. 20; auch Canaris, Vertrauenshaftung, S. 206.

5) Kramer, a.a.O.

6) Bydlinski, Privatautonomie, S. 199; Kramer, a.a.O., Rn. 21.

nicht zulassen. Nicht einsichtig ist es aber, wenn die Genannten dann ausführen, es könne aber konsensfähige Modifizierungen geben, die eine Interessenbeeinträchtigung des Empfängers ausschließen. Den Nachweis derartiger Modifizierungen bleiben die beiden Autoren schuldig. Solche Modifizierungen sind auch nicht vorstellbar. Haben Vertragsparteien einen bestimmten Vertrag mit festgelegtem Inhalt geschlossen, so ist die Annahme, daß der Vertragspartner sich auch mit etwas Anderem, Modifiziertem, zufrieden gebe, durch den Rückgriff auf Ordnungsprinzipien des BGB nicht zu rechtfertigen. Die Willenserklärungen bei Vertragsschluß waren eindeutig. Sie bedürfen keiner Überprüfung auf die Zulässigkeit von Änderungen.

Auch der Versuch, mit Hilfe typisierender Verkehrssitten einen gesteigerten Vertrauensstatbestand, ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis zu begründen¹⁾, vermag nicht restlos zu überzeugen. Unklar bleibt vor allem, welche Rechtssätze oder -prinzipien den typisierenden Verkehrssitten diese Wirkungen beimessen²⁾. Canaris, der Hauptvertreter dieser Auffassung, deutet zwar an, daß der Ausgangspunkt in § 362 HGB anzusiedeln ist³⁾, oder doch in einem allgemeinen Rechtsgedanken, der in den §§ 75 h, 91 a, 362 HGB seine Ausprägung erfahren hat⁴⁾, eine nähere Begründung bleibt er jedoch schuldig.

Richtigerweise wird man einer Lösung nur dann nahe kommen, wenn man bei der Bestimmung des § 362 HGB anknüpft. Der Vertrauensgrundsatz allein begründet meines Erachtens keine Pflicht, einem inhaltlich unzutreffenden Bestätigungsschreiben zu widersprechen. Es ist nicht einzusehen, warum ein Vertragspartner, der dem anderen einen geschlossenen Vertrag abweichend von den getroffenen Vereinbarungen bestätigt, aus allgemeinen Überlegungen des Vertrauensschutzes damit rechnen darf, daß die abweichende Bestätigung Wirksamkeit erlangt,

1) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 206 ff.

2) Vgl. Bydlinski, FS Flume, S. 347.

3) Canaris, a.a.O., S. 206.

4) Capelle/Canaris, S. 121.

nur weil die Abweichung geringfügig ist und der Empfänger sich in Schweigen hüllt.

Das Vertrauensprinzip wirkt hier, worauf Sonnenberger¹⁾ zu recht hingewiesen hat, nicht aus sich allein, sondern nur als Folge einer besonderen Norm. Um diese Norm aber geht die ganze Auseinandersetzung. Diese Norm, die dem Schweigen eine Erklärungsbedeutung einräumt bzw. dem Schweigenden sein Verhalten zurechnet, ist § 362 HGB. Die Vorschrift bezweckt, wie bereits dargelegt wurde, die Sicherheit des Handelsverkehrs in Situationen, die gerade für diesen Rechtszweig charakteristisch sind²⁾.

Durch § 362 HGB werden dem Kaufmann Sorgfaltspflichten auferlegt, die an eine angebaute oder bereits bestehende Geschäftsverbindung, d. h. einen erhöhten Vertrauenstatbestand anknüpfen. Der vorausgegangene Kontakt mit dem Partner einerseits sowie die Auffassung, daß eine gewerbliche Betätigung, das Vorhandensein einer Organisation, die anbietende Tätigkeit am Markt, ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit mit sich bringen kann und muß und bei dem Gegenüber eine entsprechende Erwartungshaltung rechtfertigt, sind die Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber zu einer ausdrücklichen Normierung von Vertrauensschutz veranlaßt haben.

Zwischen der in § 362 HGB enthaltenen Wertung und derjenigen, die die Grundsätze des Bestätigungsschreibens im Auge haben, besteht kein wesentlicher Unterschied. Im Gegenteil: beide haben sich aus einem kaufmännischen Brauch entwickelt, beide versuchen, einen Interessenausgleich zwischen den Parteien herzustellen, beide wollen das berechtigte Vertrauen auf ein Verhalten schützen. Der gemeinsame Obersatz ist daher leicht feststellbar, eine Analogie zu § 362 HGB der methodisch richtige Weg.

1) Verkehrssitten im Schuldvertrag, S. 221.

2) Sonnenberger, S. 224.

4. Der Unternehmer als Adressat der Grundsätze

a) Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur

Leitet man die Grundsätze des Bestätigungsschreibens aus handelsrechtlichen Vorschriften ab, so stellt sich nun die Frage, inwieweit diese Grundsätze auf Nichtkaufleute übertragen werden können, ob diese oder doch bestimmte von ihnen zum Normadressatenkreis zu zählen sind. Nicht ausreichend wäre es, hierzu auf die entsprechenden Ausführungen bei der Erörterung der Bestimmung des § 362 HGB zu verweisen. Dort kam es lediglich darauf an, zu klären, ob die Person des Schweigenden Kaufmann sein müsse. Die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben gehen aber - ursprünglich - davon aus, daß auf beiden Seiten Kaufleute beteiligt sind.

Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur erachten es als genügend, wenn Absender wie Empfänger einen Betrieb, ein Unternehmen, führen, der bzw. das im größeren Umfange am Verkehrsleben teilnimmt¹⁾, und erwarten können, daß ihnen gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird²⁾. Im Ergebnis führt dies zur Annahme einer Verkehrssitte, die mit dem ursprünglichen Brauch übereinstimmt, dessen Anwendungsbereich aber auf einen größeren Verkehrskreis, nämlich Kaufleute und kaufmannsähnliche Personen, erweitert³⁾.

Die Annahme einer Verkehrssitte vermag aber genauso wenig die normative Wirkung des Schweigens zu begründen wie die Berufung auf einen Handelsbrauch. Hinzu kommt, daß ohne nähere Begründung für Absender wie Empfänger die gleichen Beurteilungskriterien herangezogen werden.

Eine dogmatisch überzeugende Lösung wird sich aber nur finden lassen, wenn man zunächst zwischen Absender und Empfänger unterscheidet

1) Vgl. BGH Z 11, 1, 4.

2) So BGH Z 40, 42, 44.

3) Insoweit richtig Schlegelberger - Hefermehl § 346 Rn. 136.

und bei jedem gesondert das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft überprüft¹⁾. Legt man die oben gegebene Definition des Bestätigungsschreibens zugrunde, so ist zwischen dem Empfänger als dem Normadressaten und dem Absender als einem Teilmerkmal des Norminhaltes zu unterscheiden²⁾. Was aber für den Normadressaten gilt, muß nicht auch unbedingt für den Norminhalt gelten.

b) Anknüpfung auf der Empfängerseite an den Unternehmerbegriff

Leitet man den normativen Geltungsanspruch der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben aus § 362 HGB her, so läßt sich die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Adressaten leicht beantworten. Wie bereits im vorangegangenen Kapitel (hinsichtlich § 362 HGB) dargelegt, knüpfen die Folgen des Schweigens nicht an die Kaufmannseigenschaft, sondern vielmehr an den Gewerbebetrieb und den geschäftlichen Kontakt des Unternehmers an. Sieht man die Berechtigung der in § 362 HGB enthaltenen Entscheidung zum Nachteil des Schweigenden in dem erforderlichen Schutz einer gesteigerten Erwartungshaltung des Antragenden, so lassen sich die Parallelen zum Bestätigungsschreiben nicht übersehen. Auch hier vertraut der Bestätigende darauf, daß der Empfänger aufgrund der vorangegangenen Verhandlungen seine Interessen aktiv wahren wird und aktiv wahren kann, da er über die entsprechende betriebliche Organisation und die Kenntnis der entscheidenden Umstände verfügt. Die Wahrung eigener Interessen, die ständige Überprüfung des Geschäftsablaufes sind keine ausschließlichen Merkmale des kaufmännischen, sondern solche eines jeden Unternehmens. Die Interessenwahrung kann überall dort erwartet werden, wo eine gewisse Organisation, sachliche Mittel vorhanden sind, wo aus der anbietenden Tätigkeit am Markt ein Rückschluß auf nachhaltige Interessenwahrung erlaubt ist.

1) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 417 ff.

2) Vgl. ebd.

Im Ergebnis ist daher mit Rechtsprechung und Literatur davon auszugehen, daß nicht nur der Kaufmann, sondern jeder Unternehmer Normadressat des Rechtsatzes über das Bestätigungsschreiben ist.

c) Kaufmanns- bzw. Unternehmereigenschaft des Absenders?

Auch auf Seiten des Absenders stellt sich die Frage, ob Verkehrsschutzgedanken eine Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff erforderlich machen, oder ob auf eine Anlehnung an den Kaufmanns- bzw. Unternehmerbegriff verzichtet werden kann.

Auf welche Schreiben muß der Unternehmer antworten, wenn sein Schweigen nicht als "Zustimmung" gedeutet werden soll? Zunächst nur auf solche, die aus Rechtsbeziehungen des Unternehmens mit dem Absender herrühren. Private Geschäfte bleiben unberührt. Zweifelhaft ist es aber, ob der Empfänger nur solchen Schreiben widersprechen muß, die von einem Kaufmann oder, folgt man der herrschenden Meinung, von dem Inhaber eines in größerem Maße am Geschäftsverkehr teilnehmenden Unternehmens zugeleitet wurden. Die Argumentation des Bundesgerichtshofes, nur derjenige, der ähnlich einem Kaufmann tätig werde, könne wie dieser erwarten, daß ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren werde¹⁾, leuchtet hinsichtlich der Grundsätze über das Bestätigungsschreiben nicht recht ein. Diese Auffassung läßt sich nur aufrecht erhalten, wenn man die Grundlagen des Bestätigungsschreibens allein in einem Handelsbrauch sieht und diesem normative Wirkung beimißt bzw. ihn zum Gewohnheitsrecht erhebt. Auf die hiergegen bestehenden Bedenken wurde bereits hingewiesen.

Unklar bleibt aber auch dann die Rechtfertigung dessen, daß zwar ein Kaufmann bzw. Unternehmer eines Schutzes bedarf, wenn er abweichend von dem Vereinbarten bestätigt und ein Widerspruch nicht erfolgt, nicht aber jeder andere Vertragspartner. Hier allein in dem Erfordernis eines schnellen und sicheren kaufmännischen Geschäftsverkehrs einen Grund

1) BGH Z 40, 42, 44.

zu sehen, ist meines Erachtens angesichts der Tragweite des Schweigens nicht zureichend.

Mit Flume und Canaris¹⁾ ist vielmehr davon auszugehen, daß eine Anlehnung an den Kaufmannsbegriff beim Absender nicht erforderlich ist. Hier läßt sich zur Begründung wieder auf die gesetzliche Interessenbewertung in § 362 HGB zurückgreifen. § 362 HGB verpflichtet den Unternehmer, will er das Geschäft nicht ausführen, zur Antwort; sein Schweigen gilt als Zustimmung. Die Norm unterscheidet nicht, ob der Antrag von einem Kaufmann bzw. Unternehmer oder einer sonstigen Person herrührt. Geschützt wird also nicht das Interesse eines Unternehmers an rascher Kenntniserlangung, ob sein Antrag akzeptiert wird. Die besonderen Erfordernisse des kaufmännischen Geschäftsverkehrs spielen für die Schutzbedürftigkeit des Antragenden keine Rolle. Wenn der Gesetzgeber dieses Ziel im Auge gehabt hätte, wäre zu erwarten gewesen, daß die Norm nur für Anträge eines Kaufmanns bzw. Unternehmers Anwendung finden soll. Die Schnelligkeit des kaufmännischen Verkehrs kommt als beachtenswerter Gesichtspunkt allein für den Empfänger des Antrages in Betracht, der bei einem Schweigen davon ausgehen darf, nicht lediglich muß, daß der Antrag angenommen wurde und er seine unternehmerische Tätigkeit entsprechend einrichten kann.

Diese Überlegungen lassen sich meines Erachtens auf den Bereich des Bestätigungsschreibens übertragen. Eine spezifisch handelsrechtliche Verkehrsschutzsituation liegt entgegen der von Schmidt²⁾ vertretenen Auffassung nicht erst dann vor, wenn auf beiden Seiten Unternehmer beteiligt sind. Der Leichtigkeit, der Sicherheit und der Schnelligkeit des Handelsverkehrs als denjenigen Zielen, die den Verkehrsschutzgedanken leiten³⁾, ist viel eher Rechnung getragen, wenn man auch die Wirksamkeit eines nichtkaufmännischen - privaten - Bestätigungsschreibens anerkennt. Beide Parteien sind dann in der Lage, den geschuldeten Leistungsumfang zweifelsfrei festzustellen.

1) Flume, AcP 161 (1962), S. 66; Capelle/Canaris, S. 127 (anders noch Rechtscheinhaftung, S. 212), vgl. auch Medicus, Rn. 65.

2) Handelsrecht, S. 420.

3) Schmidt, Handelsrecht, S. 404.

Als Ergebnis dieser Erörterung ist daher festzuhalten, daß die Grundsätze über das Bestätigungsschreiben auf der Normadressatenseite die Unternehmereigenschaft des Empfängers verlangen; als Absender eines Bestätigungsschreibens kann jeder am Geschäftsverkehr Beteiligte infrage kommen.

Für unsere eingangs erwähnten Beispielfälle hat dies zur Konsequenz, daß im Falle a) sich die Fälligkeit der Provision aus dem Schreiben ergibt; im Fall b) ist der Inhalt des Schreibens des Architekten für die Vertragsabwicklung maßgebend.

V. Die Verfügungsbefugnis eines Nichtkaufmanns (§ 366 HGB)

Fallbeispiele:

- a) K hatte Anfang 1945 bei einem Unternehmen einen Bagger gekauft. Aufgrund der Kriegswirren war der Bagger beim Bahntransport zu K auf einem Bahnhof liegen geblieben; die Bahn hatte ihn später an B veräußert, da sie den Empfänger der Sendung nicht mehr ausfindig machen konnte. B wußte, daß die Bahn nicht Eigentümer war, ging aber von deren Verfügungsberechtigung aus. K, der vom Verbleib des Baggers Kenntnis erlangt hat, verlangt von B Herausgabe, gestützt auf sein Eigentum (vgl. OGHZ 3, 195, BGH Z 2, 37).
- b) A betreibt unter seinem Namen eine florierende Unternehmensberatung mit einigen Angestellten. In entsprechender Weise hat er das von ihm geschäftlich verwendete Briefpapier bedrucken lassen. Im Handelsregister ist er nicht eingetragen. Im Zusammenhang mit einer von ihm geleiteten Liquidation eines Unternehmens veräußert er im Auftrag des Unternehmers U verschiedene Einrichtungsgegenstände. Später stellt sich heraus, daß A versehentlich auch Privatvermögen des U veräußert hat. Kann U unter Berufung auf sein Eigentum von den Verkäufern Herausgabe verlangen?

1. Entstehungsgeschichte der Vorschrift, Normzweck

a) Gesetzliche Vorläufer der Regelung

§ 366 HGB stellt eine Erweiterung des Gutglaubensschutzes beim Rechtserwerb gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts dar. Die Vorschrift begünstigt denjenigen, der von einem Kaufmann erwirbt; anders als im Bürgerlichen Recht reicht für diesen Erwerbsvorgang der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Verfügenden, also des Kaufmannes, aus.

Die Norm ist eines der Ergebnisse, die die anhaltende Diskussion um den Schutz des guten Glaubens in der deutschen Rechtswissenschaft hervorgebracht hat. Eine erste allgemeine gesetzliche Kodifikation eines Gutglaubensschutzes findet sich in Artikel 306 AdHGB¹⁾. Im Anschluß an diese Kodifikation ist die Frage nach der Vereinbarkeit des Schutzes mit der Rechtsordnung immer wieder aufgegriffen worden²⁾. Besonders ausgeprägt war die Diskussion um die Jahrhundertwende im Zusammenhang mit der Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches³⁾.

Artikel 306 AdHGB läßt sich nicht auf eine einheitliche deutsche Rechtspraxis zurückführen. Die Partikularrechte kannten, je nachdem, ob römisch-rechtlichen oder deutsch-rechtlichen Grundsätzen folgend, unterschiedliche Regelungen über die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs⁴⁾.

Die Nürnberger Kommission zur Schaffung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches befaßte sich mit der Frage des gutgläubigen Erwerbs eingehend. Sie hatte zunächst allein den Kommissionshandel im Auge⁵⁾. Erst im Laufe der Beratungen wurde der ursprünglich auf den Kommissionshandel ausgerichtete Entwurf zu einer allgemeinen Vorschrift über den Gutglaubensschutz erweitert⁶⁾. Die Bedenken von Kommissionsmitgliedern, dadurch werde "ein neues Privilegium für den

1) Abs. 1 der Vorschrift hatte folgenden Wortlaut:

"Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war."

2) S. dazu die bei Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 260, zitierten Stellungnahmen.

3) Raisch, a.a.O., S. 261.

4) Eingehend dazu Raisch, a.a.O., S. 263 ff.

5) Raisch, a.a.O., S. 266.

6) Raisch, a.a.O., S. 268.

Kaufmannsstand geschaffen"¹⁾, fanden bei dem endgültigen Normentwurf keine Beachtung. Die Kommissionsmehrheit setzte sich durch mit dem Argument, es bestehe ein Bedürfnis für die Aufnahme einer Gutgläubensvorschrift gerade im Handelsverkehr. Es müsse verhindert werden, daß Kaufleute bei Geschäften möglicherweise dem - wenig brauchbaren - römisch-rechtlichen Vindikationssystem unterlägen. Außerdem sei eine einheitliche Handhabung in allen Rechtsgebieten erforderlich²⁾. Hübner³⁾ hat aus dieser Entwicklung unter Hinweis auf Goldschmidt⁴⁾ gefolgert, merkantile Notwendigkeiten hätten sich im Ringen gegen heftigen Widerstand durchgesetzt⁵⁾.

b) Sinn und Zweck der Norm

Die Beratungen der Kommission für die Schaffung eines Handelsgesetzbuches, die gleichlaufend mit den Beratungen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches stattfanden, berücksichtigten die für das Bürgerliche Recht sich abzeichnende Entwicklung. Die Entwurfsverfasser des BCB hatten die in Artikel 306 AdHGB enthaltene Regelung im Auge. Sie wollten eine möglichst enge Übereinstimmung von Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch erzielen und damit vermeiden, daß die Frage eines gutgläubigen Erwerbs in bestimmten Fällen nur davon abhängig sein würde, ob der Gegenstand von einem Kaufmann im Rahmen dessen Handelsbetriebs veräußert worden sei⁶⁾. Hinzu kamen aber Bestrebungen, deutsch-rechtliche Ideen gegenüber römisch-rechtlichen

1) Protokolle AdHGB, S. 4607.

2) Protokolle AdHGB, S. 4608 f.

3) Rechtsverlust, S. 27.

4) S. dessen Bemerkungen in ZHR Bd. 8 (1865), S. 225.

5) Hübner meint, daß nicht etwa "der 'Volksgeist' gegen das römische Prinzip rebelliert, sondern merkantile Notwendigkeiten sich im Ringen gegen heftigen Widerstand durchgesetzt" hätten. Ähnlich argumentiert Endemann, Handbuch Bd. II, S. 53.

6) Materialien BCB, Bd. III, S. 191.

Prinzipien in den Vordergrund zu rücken¹⁾.

Die Verfasser des HGB waren in Kenntnis der BGB-Regelung der Auffassung, daß entgegen der Bestimmung des § 932 Abs. 2 BGB im Handelsrecht auf eine weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden könne²⁾. Es läßt sich den Materialien entnehmen, daß die Verfasser primär den Kommissionshandel im Auge hatten. Allerdings waren die Kommissionsmitglieder der Auffassung, daß auch andere Kaufleute mit fremden Waren handeln und ihre Kunden des Schutzes bedürfen³⁾. Entgegen der von Raisch vertretenen Auffassung⁴⁾ läßt sich den Materialien entnehmen, daß die Gesetzesverfasser keineswegs allein auf den Kommissionshandel abstellen wollten⁵⁾. Vielmehr sollte auch den Käuferinteressen Rechnung getragen werden. "Es könne diesen nicht angesonnen werden, Ermittlungen über die Befugnisse des Veräußerers anzustellen"⁶⁾.

Ratio legis der Vorschrift ist demnach die Wahrscheinlichkeit des Bestehens einer Verfügungsbefugnis bei Kaufleuten⁷⁾, wobei allerdings - worauf noch näher einzugehen sein wird - unberücksichtigt bleibt, daß diese Wahrscheinlichkeit bei den einzelnen Arten von Kaufleuten in ganz unterschiedlichem Maße besteht.

1) Hübner, Rechtsverlust, S. 31 m.w.N.. In Abkehr vom römisch-rechtlichen Grundsatz der "bona fides" sollte der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Veräußerers im BGB nicht geschützt werden. Vgl. zu den dogmatischen Grundlagen auch Lux, S. 26 ff., 39 ff.; zu den Gesetzesberatungen Müller-Freienfels, FS. Caemmerer, S. 607, 609.

2) Materialien HGB, S. 362.

3) Vgl. Materialien HGB a.a.O.: "Der Fall, daß auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn der Schutz versagt bliebe."

4) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 274.

5) Vgl. Schmidt, Handelsrecht, S. 503 mit Fn. 1.

6) Materialien HGB, S. 362.

7) Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 3.

2. Die Kaufmannseigenschaft des Verfügenden als Anknüpfungspunkt für den Gutglaubensschutz

Im folgenden soll untersucht werden, ob der dem Käufer zugebilligte Gutglaubensschutz auf Erwerbsvorgänge mit einem Kaufmann im Sinne des HGB beschränkt ist oder ob nach Sinn und Zweck der Norm nicht jede Veräußerung, die von einem Unternehmer im Betrieb seines Unternehmens vorgenommen wird, erfaßt ist.

Um den Umfang der Arbeit nicht zu sprengen, werden sich die Ausführungen auf die erste der in § 366 Abs. 1 HGB genannten Alternativen (Veräußerung) beschränken.

a) Stellungnahmen der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bisher nur selten zu dem Problem des Normadressatenkreises geäußert. Bekannt geworden ist lediglich die Entscheidung über den gutgläubigen Erwerb von der Reichsbahn bzw. der Deutschen Bundesbahn¹⁾. Den Urteilsgründen dürfte allerdings nicht zu entnehmen sein, daß der Bundesgerichtshof eine analoge Anwendung des § 366 Abs. 1 HGB auf einen - umfangmäßig eingegrenzten oder unbeschränkten - nichtkaufmännischen Personenkreis befürwortet. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die eine Anwendung der Norm auf die Reichsbahn bzw. Bundesbahn bejaht, enthält zunächst ein reines Billigkeitsargument, soweit ausgeführt wird "daß die Geschäfte mit der Reichsbahn ebenso viel Schutz verdienen wie der Erwerb von einer Kleinbahn"²⁾. Auch die weitere Begründung der Entscheidung macht deutlich, daß es dem Bundesgerichtshof nicht um die Frage geht, ob § 366 HGB auch auf Nichtkaufleute angewendet werden kann. Es wird lediglich ausführlich dargelegt, daß die gesetzgeberische Entschei-

1) OGHZ 3, 195; BGHZ 2, 37.

2) BGHZ 2, 37, 50.

dung aus Gründen, die außerhalb des Handelsrechts liegen, der Bahn die Kaufmannseigenschaft formal genommen habe; in der Sache sei die Bahn jedoch Kaufmann¹⁾.

Daneben läßt sich der Bundesgerichtshof auch von der Tatsache leiten, daß auf Rechtsgeschäfte der Bahn nach wie vor Vorschriften des Handelsgesetzbuches Anwendung finden, so daß er im Ergebnis zurecht davon ausgeht, daß die Bahn ihre Kaufmannseigenschaft de facto nicht verloren hat²⁾.

Ein Hinweis darauf, daß die Bestimmung des § 366 Abs. 1 HGB auch generell auf Veräußerungen kaufmannsähnlicher Personen oder Unternehmen oder überhaupt auf jedes Verkaufsgeschäft angewendet werden kann, findet sich in den Entscheidungsgründen nicht. Im Gegenteil, der Bundesgerichtshof schränkt seine Auffassung, daß Bestimmungen des HGB auf Eisenbahnen anzuwenden seien, noch ein, wenn er meint³⁾, dies gelte "mindestens dann, wenn die Eisenbahnen als Handelsgewerbe betrieben werden." Was gelten soll, wenn Eisenbahnen "wie", d. h. ähnlich Handelsgewerbe betrieben werden, läßt der Bundesgerichtshof mit- hin offen.

b) Äußerungen des Schrifttums

Die für die Einbeziehung der Veräußerungen von kaufmannsähnlichen Unternehmern vorrangige Frage nach der Zulässigkeit einer ausdehnenden Anwendung der Norm wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

1) BGH Z 2, 37, S. 51; ähnlich OGHZ 3, 195, 196 f.. Zur Kaufmannseigenschaft der Deutschen Bundesbahn vgl. auch LG Osnabrück BB 1983, S. 1244.

2) Für eine direkte Anwendung des § 366 Becher NJW 1977, S. 1674 f.; Gierke/Sandrock, S. 116.

3) BGH, a.a.O., S. 51.

Heck¹⁾ lehnt eine analoge Anwendung auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts ab, da dies der allgemeinen Verkehrsanschauung zuwiderläuft. Raiser²⁾ hält den nichtkaufmännischen Verkehr für insoweit nicht schutzbedürftig. Goltermann³⁾ hält aus formalen Gründen (das Handelsgesetzbuch sei das Sonderrecht des Kaufmanns) eine entsprechende Anwendung auf Nichtkaufleute für unzulässig. Die neuere Literaturmeinung folgt dagegen der Auffassung der Rechtsprechung, leitet aber zum Teil - wie ich meine, zu Unrecht - aus den beiden obergerichtlichen Entscheidungen her, daß der Bundesgerichtshof bzw. der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone allgemein eine ausdehnende Anwendung der Norm billige⁴⁾.

Einen anderen Lösungsweg schlägt Raisch⁵⁾ vor. Raisch geht zunächst davon aus, daß, worauf noch zurückzukommen sein wird⁶⁾, der Anwendungsbereich des § 366 Abs. 1 HGB zu weit gefaßt wurde. De lege ferenda sei die Norm im wesentlichen auf die Kommissionengeschäfte zu begrenzen, wobei Raisch aber offen läßt, ob nur die Geschäfte eines Kaufmannes erfaßt werden sollen⁷⁾.

3. Die Erweiterung des Gutglaubensschutzes als grundsätzliches Problem

a) Rechtfertigung der Erweiterung durch Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs

Bevor wir uns näher damit befassen, ob nach der ratio legis nur der

-
- 1) Grundriß, S. 247. Gleicher Ansicht Eichler, Institutionen Bd. I, S. 132.
 - 2) In: Enneccerus-Raiser, Sachenrecht, S. 254.
 - 3) SJZ 1950, S. 343; insoweit ähnlich v. Lübtow, FS 41. DJT, S. 153.
 - 4) Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 5; Schlegelberger - Hefermehl § 366 Rn. 26; Schmidt, Handelsrecht, S. 508.
 - 5) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 274 ff.
 - 6) Siehe unten S. 179 ff.
 - 7) Vgl. insbes. Raisch, a.a.O., S. 274, 276.

Erwerb von einem Kaufmann oder auch derjenige von einem Unternehmer begünstigt ist, scheint es sinnvoll, zu klären, ob der Rechtsverkehr einer Gutgläubensvorschrift wie der des § 366 HGB überhaupt bedarf. Anlaß für diese Frage ist die Tatsache, daß uns mit § 932 BGB eine andere Gutgläubensvorschrift zur Verfügung steht, die ja - auch - kaufmännische Geschäfte miteinbezieht.

§ 932 BGB schützt allein den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers. Die - unzutreffende - Annahme einer Verfügungsbefugnis des Nichteigentümers wird dagegen vom Schutz der Norm nicht erfaßt. Hier kann nur die Bestimmung des § 366 Abs. 1 HGB weiterhelfen. Diese Norm stellt demgemäß auch andere Anforderungen an den guten Glauben als die bürgerlich-rechtliche Vorschrift, um der unterschiedlichen Richtung des guten Glaubens und der daraus resultierenden Unterschiedlichkeit der Interessenlage gerecht zu werden.

Raisch¹⁾ hat dem Gesetzgeber vorgeworfen, er habe den Anwendungsbereich der handelsrechtlichen Gutgläubensvorschrift viel zu weit gewählt. Es mag Raisch zugegeben werden, daß zum Zeitpunkt des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches aufgrund der damaligen Erfahrungen es ausgereicht hätte, allein dem Käufer von Kommissionswaren besonderen Schutz zu gewähren. Dies war wohl auch der Hauptgedanke der Entwurfsverfasser²⁾. Jedoch erwog man zugleich, daß die Situation eines Verkaufs fremder Güter auch in anderen Gewerben vorkommen könne und deshalb die Vorschrift weiter zu fassen sei.

Aus heutiger Sicht erweist sich diese Annahme als völlig richtig. Bedenkt man, wieviel Ware heute unter Eigentumsvorbehalt geliefert und anschließend weiterveräußert wird, so wird deutlich, daß der Käufer des Schutzes des § 366 Abs. 1 HGB bedarf. Auch wenn der Händler nicht erkennen läßt, ob er selbst Eigentümer oder nur Verfügungsberechtigter ist, kann sich heute der geschäftserfahrene Kunde nicht darauf verlassen, vom Eigentümer zu erwerben. Er muß damit rechnen,

1) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 260.

2) Vgl. Materialien HGB, S. 362.

daß der Händler selbst unter Eigentumsvorbehalt erworben hat und lediglich zur Weiterveräußerung im eigenen Namen befugt ist. Nun stimmt zwar grundsätzlich der Produzent einer Weiterveräußerung - gegen Vorausabtretung der Kaufpreisforderung - zu und ermöglicht damit den Erwerb; was aber soll gelten, wenn die Veräußerung von der Einwilligung nicht mehr gedeckt ist, etwa weil diese an Bedingungen geknüpft war, die durch die vertraglichen Vereinbarungen des Händlers mit dem Endkunden durchkreuzt werden oder weil die Einwilligung des Produzenten wegen Zahlungsverzugs des Händlers widerrufen und die Ware zurückgefordert war? Derlei Beispiele finden sich noch mehr¹⁾.

Hier gilt es, zwischen den Interessen des Eigentümers und denen des Käufers eine gerechte Abwägung zu treffen. Dabei sprechen wohl die besseren Gründe für einen gegenüber § 932 BGB erweiterten Schutz des Käufers, wie er in § 366 Abs. 1 HGB vorgesehen ist.

Der - unfreiwillige - Eigentumsverlust ist dem Eigentümer sicherlich zumutbar, wenn er die Waren zum Zweck der Veräußerung nach einer bestimmten Weisung aus der Hand gibt. Er hat sich damit der Möglichkeit der Sachherrschaft freiwillig begeben²⁾ und durch die grundsätzliche Einräumung einer Verfügungsbefugnis des Inhabers eines Unternehmens einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der im Rechtsverkehr eine Schadenstragungspflicht nach sich zieht.

Da diese Überlegungen im wesentlichen auf die Überlassung einer Sache zum Zweck der Veräußerung zugeschnitten sind, bleibt zunächst noch offen, ob auch ein Gutglaubensschutz erforderlich ist, wenn die Sache einem Kaufmann überlassen wurde zum Zweck der Reparatur oder Verwahrung bzw. Lagerung. Würde dieser die Sache veräußern mit der Behauptung, verfügbefugt zu sein, wäre gemäß § 366 Abs. 1 HGB ein gutgläubiger Erwerb des Käufers möglich. Gerade hiergegen richtet

1) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 3; Schmidt, Handelsrecht, S. 506.

2) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 274 mit Fn. 76, 77.

sich insbesondere die von Raisch¹⁾ geübte rechtspolitische Kritik. Seiner Auffassung, der Eigentümer werde grundlos der Gefahr des Eigentumsverlustes ausgesetzt, ist meines Erachtens folgendes entgegen zu halten: Diese Gefahr ist tatsächlich geringer als es auf den ersten Blick scheinen mag. Ein geeignetes Regulativ ist hier das Erfordernis der Gutgläubigkeit auf seiten des Käufers. Veräußert der Inhaber einer Kfz-Werkstatt "im Auftrag seines Kunden" einen PKW, so scheint ein gutgläubiger Erwerb in der Regel, weil der Verkäufer einen Kfz-Brief nicht vorlegen kann und wird. Ähnlich ist es, wenn ein Händler oder Handwerker eine Sache veräußert, die im Hinblick auf den Gegenstand seines Handels- bzw. Reparaturbetriebes völlig artfremd ist.

Eine enumerative Aufzählung derjenigen Handeltreibenden, auf deren Geschäfte ein Gutglaubensschutz Anwendung finden sollte, ist entgegen Raisch²⁾ dagegen weder sinnvoll noch möglich. Es wäre immer wieder mit Einzelfällen zu rechnen, die von der Norm nicht gedeckt, von der Interessenlage aber als gleich zu erachten wären.

b) Geschäftsverkehr und Kaufmannseigenschaft

Diese Gründe allein vermögen aber noch nicht die in § 366 Abs. 1 enthaltene Wertung zu rechtfertigen. Ungeklärt blieb bislang, warum gerade der Glaube an die Verfügungsbefugnis eines Kaufmanns geschützt wird, nicht aber die Annahme einer Befugnis des Nichtkaufmanns.

Folgt man den Überlegungen von Lübtow³⁾, dann erweist sich allerdings bereits der Ansatz der Frage nach dem Sinn der Ausnahmenvorschrift des § 366 Abs. 1 HGB als falsch. Von Lübtow geht davon aus, richtigerweise müsse § 932 BGB als Ausnahme zu § 366 HGB angesehen werden.

1) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 275.

2) a.a.O., S. 276.

3) In FS 41. DJT, S. 153.

Bei dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches sei von den Gesetzesverfassern nicht genügend beachtet worden, daß das römische Recht nicht zwischen gutem Glauben an das Eigentum und gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis unterschieden habe¹⁾. Hier bedarf es nach Auffassung von Lübtow einer Korrektur und Angleichung an die französische und schweizerische Doktrin²⁾.

Auch nach Auffassung von Wendt³⁾ ist der Ansatz der Frage verfehlt. Er meint, § 366 HGB wiederhole nur, was auch im Bürgerlichen Recht zu lehren wäre⁴⁾. Wendt sieht den Besitz der Sache als entscheidende Legitimationswirkung und maßgebliches Legitimationsmittel an.

Diesen Auffassungen kann nicht gefolgt werden. Von Lübtow betont selbst, daß sich seine Überlegungen de lege lata nicht in die Tat umsetzen lassen, dem steht die Entscheidung des Gesetzgebers in Gestalt des § 932 BGB entgegen.

Darüber hinaus dürfte dem Besitz auch nicht die überragende, ausschließliche Legitimationswirkung zukommen, die Wendt ihm zumessen will. Der Besitz ist schon für den Erwerb vom Scheineigentümer nicht immer eine überzeugende Rechtsscheingrundlage, gibt es doch zahlreiche Gründe für den Eigentümer, den Besitz - vorübergehend - einem anderen zu überlassen, sei es zur Verwahrung, sei es zur Reparatur der Sache oder ähnlichem⁵⁾. Für den Erwerb vom Scheinverfügungsberechtigten ist der Besitz noch weniger aussagekräftig⁶⁾.

Besitz ist Sachherrschaft. Aufgabe dieses Rechtsinstitutes ist es (u.a.), dingliche Rechte an beweglichen Sachen offenzulegen. Besitz ist damit in erster Linie Publizitätsmittel; seine Legitimationsfunktion erhält er dadurch, daß ein anderes Rechtsinstitut mit der äußeren Erscheinung eine Rechts-

1) In FS 41. DJT., unter Hinweis auf D 50, 16, 109.

2) v. Lübtow, a.a.O., S. 154; zu letzterem vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 270 f.

3) AcP Bd. 89 (1899), 1 ff.

4) "Der Wert des § 366 liegt also nur darin, auf die Bedeutung der Frage überhaupt hingewiesen und jedenfalls für das Handelsrecht ihre Behandlung sichergestellt zu haben. Das Argument aber, daß, weil hier eine handelsgesetzliche Bestimmung vorliegt, deshalb im bürgerlichen Recht die Rechtssätze anders liegen mußten, wird am wenigsten Berechtigung zu beanspruchen haben." (Wendt, a.a.O., S. 79).

5) Vgl. Hübner, Rechtsverlust, S. 56 ff.

6) Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 1.

macht verbindet. Aus sich selbst heraus entfaltet der Besitz, jedenfalls soweit es um dingliche Übertragungsakte geht, keine selbständige Legitimationswirkung.

Demzufolge stellte sich die Frage, welcher Gedanke eine Ausdehnung des Gutglaubensschutzes nahelegt. Das Gesetz sieht offensichtlich das notwendige zusätzliche Element der Rechtfertigung eines gegenüber § 932 BGB verstärkten Gutglaubensschutzes in der Zugehörigkeit des Veräußerungsgeschäftes zum Betrieb eines Handelsgewerbes¹⁾. In der Begründung des Entwurfes wird ausgeführt²⁾, "der Fall, daß aufgrund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es in eigenem Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn der Schutz versagt bliebe". Der Norm liegt also die Vermutung des Bestehens einer Verfügungsbefugnis des Kaufmanns zugrunde³⁾.

4. Das Unternehmen als vertrauensbildendes Merkmal

Geht man entgegen Raisch davon aus, daß, zumindest aus heutiger Sicht, der Anwendungsbereich der Norm keinesfalls zu weit gefaßt ist, so stellt sich im Rahmen dieser Untersuchung jetzt die Frage, ob durch das Merkmal der Kaufmannseigenschaft die Person des Verfügenden treffend gekennzeichnet wird, oder ob nicht vielmehr der Begriff des Unternehmers nach Sinn und Zweck der Norm allein geeignet ist, den Kreis derjenigen zu umreißen, deren Veräußerungsgeschäfte vom Schutz der Bestimmung erfaßt werden. Mit anderen Worten: kann § 366 Abs. 1 HGB nur auf Verfügungen eines Kaufmanns angewandt werden, oder fallen, wie Schmidt⁴⁾ ohne nähere Begründung meint, auch Verfügun-

1) Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 2, Mü. Komm. - Quack § 932 Rn. 96; Schmidt, Handelsrecht, S. 505.

2) Denkschrift HGB, S. 207 f.

3) Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 3; mü. Komm. - Quack § 932 Rn. 96.

4) Handelsrecht, S. 508.

gen von bestimmten Nichtkaufleuten unter diese Norm?¹⁾

Eine eingehende Auseinandersetzung hierüber ist in der Literatur bisher offensichtlich noch nicht geführt worden. Canaris²⁾ schlägt vor, über die Konstruktion einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht auch diejenigen Fälle zu erfassen, in denen ein Nichtkaufmann verfügt. Damit lassen sich jedoch nur diejenigen Problemfälle lösen, in denen der Eigentümer zunächst eine Verfügung gestattet, die Einwilligung aber später widerrufen hat. Nicht erfaßt sind aber die Gestaltungen, in denen der Eigentümer einem Nichtkaufmann die Sache mit der Verpflichtung zur Rückgabe übergeben hatte.

Richtigerweise wird man annehmen müssen, daß es auf die Kaufmannseigenschaft im Sinne der §§ 1 bis 6 HGB nicht ankommen kann. § 366 Abs. 1 HGB enthält die gesetzgeberische Entscheidung, daß in bestimmten Sachlagen die Interessen des Eigentümers hinter denen des Erwerbers zurückzustehen haben, weil letztere in erhöhtem Maße schutzbedürftig sind. Dieser Vertrauensschutz ist, wie die Gesetzesverfasser zum Ausdruck brachten³⁾, dann notwendig, wenn der Käufer aufgrund der unternehmerischen Tätigkeit des Verfügenden davon ausgehen kann, daß dieser üblicherweise zur Verfügung berechtigt ist. Entscheidend ist also das Bild, das sich dem Käufer bietet. Ob der Verfügende im Handelsregister eingetragen ist bzw. zu den in § 1 Abs. 2 HGB genannten Gewerbetreibenden zählt, vermag das Vorliegen von schützenswertem Vertrauen nicht zu beeinflussen.

Vertrauensbildend ist meines Erachtens der Umstand, daß dem Käufer eine organisierte Wirtschaftseinheit entgegentritt, zu deren Geschäftstätigkeit auch die Veräußerung von Gütern dritter Personen zählen kann. Anders als bei dem Erwerb von einer Privatperson, bei dem für eine Verfügungsbefugnis nichts weiter spricht als die Behauptung einer sol-

1) Aber auch dann, wenn man mit Raisch eine Einschränkung des Anwendungsbereiches auf Kommissionsgeschäfte u.ä. verlangt, stellt sich die Frage, ob nur die Verfügenden des kaufmännischen Kommissionärs erfaßt werden sollen.

2) In Großkomm. HGB § 366 Anm. 17; vgl. auch Vertrauenshaftung, S. 71 f.

3) Denkschrift HGB, S. 207 f.

chen, liegt bei dem Erwerb von einem Unternehmer die Annahme nahe, daß eine Verfügungsbefugnis im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit gegeben ist. Es macht, um den Beispielsfall in Erinnerung zu rufen, keinen Unterschied, ob die Veräußerung von einer Unternehmensberatungsgesellschaft, die also Formkaufmann ist, vorgenommen wird, oder von einem Ein-Mann-Unternehmen bzw. einer Sozietät, denen beiden die Kaufmannseigenschaft fehlt. Das dem Unternehmen vom Käufer entgegengebrachte schützenswerte Vertrauen ist in beiden Fällen gleich.

Die gesetzliche Regelung ist daher unbefriedigend; sie sollte im Wege der analogen Anwendung des § 366 Abs. 1 HGB auf alle durch Unternehmen eingeleitete Erwerbsgeschäfte korrigiert werden¹⁾. Jeder gutgläubige Erwerb von einem Unternehmer wird vom Normzweck erfaßt. Mit dieser Lösung wird nicht einer uferlosen Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Norm das Wort geredet. Das nötige Korrektiv sollte jedoch nicht in der Kaufmannseigenschaft des Verfügenden gesehen werden, sondern in dem Vorliegen eines schützenswerten Glaubens an die Verfügungsbefugnis²⁾.

§ 366 Abs. 1 HGB setzt grundsätzlich nur voraus, daß die Verfügung "im Betriebe des Handelsgewerbes" des Verfügenden erfolgt. Aufgrund der in § 344 HGB getroffenen Regelung wird dies für alle von einem Kaufmann vorgenommenen Geschäfte vermutet³⁾; es wird nicht darauf abgestellt, daß die Verfügung im Rahmen des "gewöhnlichen" oder "normalen" Geschäftsbetrieb erfolgt. Dennoch sollte dieses Kriterium, wenn auch kein Tatbestandsmerkmal, insbesondere bei Verfügungen über Waren, mit denen der betreffende Kaufmann bzw. Unternehmer normalerweise nicht handelt, eine gewichtige Rolle spielen.

1) Schmidt, Handelsrecht, S. 508.

2) Vgl. Großkomm. HGB - Canaris § 366 Anm. 3.

3) Großkomm. HGB - Canaris § 366, Anm. 38.

Es kann meines Erachtens dahinstehen, ob, wie Canaris¹⁾ vorschlägt, hinsichtlich der Anforderungen an den guten Glauben des Erwerbers abgestuft werden muß, ob das konkrete Geschäft "ordnungsgemäß" ist, was im Hinblick auf die erkennbaren Interessen des wahren Berechtigten zu beurteilen sei oder ob es üblich ist, was allein nach der Faktizität der Verkehrsgebräuche zu entscheiden sei. Eine grobfahrlässige Unkenntnis wird immer dann anzunehmen sein, wenn der Erwerber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und Nachforschungen unterläßt, die zu führen jedem hätte einleuchten müssen²⁾. Hierfür sind die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Anlaß zu Nachforschungen können sowohl die Art des konkreten Geschäfts (z. B. der Verkauf hochwertiger Güter zu Schleuderpreisen) als auch die Üblichkeit des Geschäfts im Hinblick auf die normale Geschäftstätigkeit des Verfügenden (z. B. Wertpapierverkäufe durch einen Kfz-Händler) sein. Das Maß des Vertrauens, das dem Inhaber einer Unternehmung entgegengebracht werden darf, hängt nicht davon ab, ob der Inhaber die Anforderungen an die Kaufmannseigenschaft im Sinne der §§ 1 bis 6 HGB erfüllt, sondern ob eine den guten Glauben rechtfertigende Verbindung zwischen Inhaber und getätigtem Geschäft gezogen werden darf.

Wir gelangen demnach zu dem Ergebnis, daß im Rahmen des § 366 Abs. 1 HGB nicht nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis eines Kaufmanns, sondern eines jeden Unternehmers, der selbständig und dauerhaft unter Zuhilfenahme einer organisierten Einheit eine anbietende Tätigkeit an einem Markt entfaltet, geschützt ist.

Für unsere eingangs geschilderten Beispiele hat dies zur Konsequenz, daß der gutgläubige Erwerb von der Bundesbahn nicht, wie die Rechtsprechung meint, aus der Quasi-Eigenschaft der Bahn resultiert, sondern aus ihrer Eigenschaft als am Markt tätiges Unternehmen. Auch im zweiten Beispielsfall verdient der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Unternehmensberaters, der unter Zuhilfenahme einer Organisation eine dauerhafte anbietende Tätigkeit entfaltet, den Schutz des § 366 Abs. 1 HGB.

1) Großkomm. HGB - Canaris § 366, Anm. 45.

2) Vgl. BGH NJW 1981, S. 1271.

VI. Untersuchungs- und Rügepflicht des Nichtkaufmanns
(§§ 377, 378 HGB)

Fallbeispiele:

- a) B betreibt eine Werbeagentur, im Handelsregister ist er nicht eingetragen. Er läßt öfters von U Werbefilme herstellen. U, der einzige Angestellte beschäftigt, ist ebenfalls nicht im Handelsregister eingetragen. Ein von U gedrehter Werbefilm erweist sich als unbrauchbar, da teilweise falsch belichtet. B merkt das erst, als er nach einigen Wochen den Film seinen Kunden vorführt. Kann U die Gewährleistungsansprüche des B unter Hinweis auf §§ 377, 381 HGB ablehnen?
- b) K, der eine größere Geflügelzucht betreibt, aber nicht im Handelsregister eingetragen ist, bezieht regelmäßig von Großbauer V Futtergetreide. Bei einer gelegentlichen Überprüfung stellt er fest, daß zahlreiche Getreidesäcke ein zu geringes Gewicht aufweisen. Muß V die Mängelrüge gelten lassen, auch wenn die Lieferung einen Monat zurückliegt (oder die Gewichtsabweichung handelsüblich ist)?

1. Überlegungen zur Frage eines sachgerechten Normadressatenkreises

Auch die Bestimmungen über die Untersuchungs- und Rügepflicht im Rahmen des Handelskaufes (§§ 377, 378 HGB) geben angesichts ihrer Bedeutsamkeit Anlaß für eine Prüfung, ob der Unternehmer, der Nichtkaufmann im Sinne des HGB ist, diesen Regelungen unterworfen werden soll, weil dieser, und nicht allein der Kaufmann im Sinne des HGB, Adressat der Vorschriften ist. Rechtsprechung und Literatur haben sich bislang im wesentlichen allein mit der Frage beschäftigt, ob die dem Nichtkaufmann im Rahmen des bürgerlich-rechtlichen Kaufes zugebilligte Besserstellung gegenüber dem kaufmännischen Erwerber sachgerecht ist. Diese Überlegungen sollen zunächst verdeutlicht werden.

a) Die Erweiterung des Normadressatenkreises unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben

Die Mängelgewährleistungsvorschriften des BGB (§§ 459 ff.) verpflichten, anders als § 377 HGB, den nichtkaufmannischen Käufer nicht, bei Meldung des Verlustes der Gewährleistungsansprüche die gelieferte Ware unverzüglich zu untersuchen und vorgefundene Mängel dem Verkäufer ohne Zögern anzuzeigen. Nur die Kenntnis des Mangels bzw. des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft bei Annahme der Sache schließt beim BGB Kauf die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aus (§§ 460 bzw. 464 BGB). Erfährt der Käufer den Mangel erst später, so steht es ihm innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist von 6 Monaten frei, wann er den Mangel geltend macht. Hat er den Kaufpreis noch nicht gezahlt, so kann er auch nach Ablauf dieser Frist die Zahlung verweigern, wenn die Mangelanzeige rechtzeitig erfolgt ist.

Diese Möglichkeit wird allgemein als nicht in vollem Umfange befriedigend empfunden, da dem Verkäufer zugemutet wird, unter Umständen noch nach einem halben Jahr seinen Gewährleistungsverpflichtungen nachzukommen, obwohl der Käufer vielleicht schon kurz nach Annahme der Ware den Mangel feststellte oder feststellen konnte¹⁾. Rechtsprechung und Literatur haben mit unterschiedlichen Methoden versucht, hier zum Teil Abhilfe zu schaffen.

aa) Lösungsversuche der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat in mehreren Entscheidungen die bewußt verzögerte Mangelanzeige als unvereinbar mit den Grundsätzen von Treu

1) Vgl. Müller, S. 262, Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 277; aus der Kommentarliteratur: Großkomm. HGB - Brüggemann § 377 Vorbem. 1, Schlegelberger - Hefermehl § 377 Rn. 1; früher schon K. Lehmann, AcP, Bd. 86 (1896), S. 295.

und Glauben angesehen und dem Käufer über § 242 BGB die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen verwehrt¹⁾. Eine allgemeine Ausweitung der in § 377 HGB für den Handelskauf statuierten Untersuchungs- und Rügepflicht auf Nichtkaufleute wurde von der Rechtsprechung unter Hinweis auf die bewußte Abkehr der bürgerlich-rechtlichen Regelung von der bis dahin geltenden Bestimmung des Artikel 347 AdHGB²⁾ abgelehnt³⁾. Es sei vielmehr "zu prüfen, ob der konkrete Vertrag so auszulegen ist, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei solchen Geschäften eine alsbaldige Rüge - als eine vertragliche Verpflichtung - anzusehen ist und die Unterlassung einer rechtzeitigen Mängelrüge als Verzicht hierauf und stillschweigende Genehmigung der Ware zu gelten hat"⁴⁾.

bb) Stellungnahmen im Schrifttum

In der Literatur finden sich unterschiedliche Lösungsansätze. Lehmann⁵⁾ forderte noch während den Gesetzesberatungen im Jahre 1896 einen revidierten Entwurf, durch den die Rüge- und Untersuchungspflicht für Nichtkaufleute wiederhergestellt werden sollte. Die überwiegende Literaturmeinung folgt der Auffassung der Rechtsprechung und fordert einen Interessenausgleich im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu

1) RGZ 49, 159; 104, 95; OLG Stuttgart MDR 1958, S. 774.

2) Art. 347 AdHGB: "Ist die Waare von einem anderen Orte übersendet, so hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgange thunlich ist, die Waare zu untersuchen, und wenn sich dieselbe nicht als vertragsmäßig oder gesetzmäßig (Art. 355) ergibt, dem Verkäufer sofort davon Anzeige zu machen.

Versäumt er dies, so gilt die Waare als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsgemäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren. Ergeben sich später solche Mängel, so muß die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung gemacht werden, widrigenfalls die Waare auch rück-sichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt."

3) Vgl. RGZ 49, 159, 161.

4) RGZ 49, 161. Ebenso RGZ 104, 95 ff.

5) AcP Bd. 86 (1896), S. 1 ff.

und Glauben¹⁾. Eine ausdehnende Anwendung des § 377 HGB auch auf Nichtkaufleute befürwortet dagegen Raisch²⁾, sofern es sich bei dem Käufer um einen Unternehmer handelt, der durch den Betrieb einer organisierten Wirtschaftseinheit behauptet, über ein spezifisches Fachwissen zu verfügen und daneben die erforderlichen Hilfskräfte hat, um seiner Untersuchungs- und Rügepflicht ohne schuldhaftes Zögern nachkommen zu können³⁾. In die gleiche Richtung zielt Schmidt⁴⁾, der § 377 HGB immer dann anwenden will, wenn das Geschäft auf beiden Seiten zu einem Unternehmen gehört. Schmidt wendet sich als einziger der angeführten Autoren vollständig vom Erfordernis der Kaufmannseigenschaft ab. Während die übrige Literatur nur den Fall im Auge hat, daß ein Nichtkaufmann von einem Kaufmann Ware bezieht, hält es Schmidt für ausreichend, wenn die Vertragspartner Unternehmer sind. Hierauf wird weiter unten noch einzugehen sein.

Die Lösungsversuche von Raisch und Schmidt werden von Marbuger⁵⁾ zwar grundsätzlich begrüßt. Allerdings sieht dieser unüberwindliche methodische Schwierigkeiten. Da nach seiner Auffassung eine ausfüllbare Gesetzeslücke angesichts der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers fehle, komme eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Im übrigen sei der verwendete Unternehmensbegriff noch zu unscharf, um ihn an die Stelle des Tatbestandsmerkmals "Kaufmann" setzen zu können.

1) Düringer - Hachenburg - Hoeniger § 377, Rn. 3; Staudinger - Ostler (10./11. Aufl.) § 464 BGB Rn. 5; ähnlich jetzt Staudinger - Honsell § 464 BGB Rn. 12; Soergel - Siebert - Ballerstedt § 464 Rn. 2.

2) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 292; ähnlich Müller, S. 264.

3) Raisch, a.a.O.

4) Handelsrecht, S. 587.

5) JuS 1983, S. 1, 3.

b) Auferlegung einer Untersuchungs- und Rügepflicht durch vertragliche Vereinbarung

Der in der geschäftlichen Praxis als unbefriedigend empfundene Zustand, daß zwar ein Kaufmann zur Erhaltung seiner Gewährleistungsansprüche unverzüglich untersuchen und rügen müsse, nicht aber ein Nichtkaufmann, unabhängig von dessen Wissen und Kenntnis, hat den Handel häufig veranlaßt, dem nichtkaufmännischen Käufer individual-vertraglich oder in allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Obliegenheit¹⁾ zur Mängelrüge nach dem Vorbild des § 377 HGB aufzuerlegen und damit de facto die Gewährleistungsfristen zu verkürzen²⁾. Sofern es sich nicht um die Auferlegung einer Rügepflicht auch bei verdeckten Mängeln handelte³⁾, hat die Rechtsprechung in der Regel keine Bedenken gegen eine Rügefristbestimmung im nichtkaufmännischen Verkehr geäußert⁴⁾.

Diese Praxis, die dem nichtkaufmännischen Käufer eine Untersuchungs- und Rügepflicht auch bei nicht offensichtlichen Mängeln aufbürdete, führte zum Teil zu einer Überforderung des Letztverbrauchers. Dies veranlaßte den Gesetzgeber, bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) in § 11 Nr. 10 e dieses Gesetzes zu bestimmen, daß die Setzung einer Ausschußfrist für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel von weniger als der

-
- 1) Es ist heute unbestritten, daß § 377 HGB dogmatisch eine Obliegenheit des Käufers statuiert, nicht eine Pflicht (vgl. nur Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 187 ff.). Wenn deshalb in diesem Kapitel von einer "Pflicht" die Rede ist, so nur deshalb, um nicht den Anschein eines Abweichens von der h. M. zu wecken.
 - 2) Schlegelberger - Hefermehl § 377 Rn. 1.
 - 3) Hier ist schon nach st. Rspr. im kaufmännischen Geschäftsverkehr eine kurz bemessene Mängelrügefrist unbeachtlich (vgl. RG Seuff. Archiv. Bd. 97, S. 17; BGH LM Nr. 6 zu § 377 HGB). Erst recht muß dies im Verkehr mit Nichtkaufleuten gelten.
 - 4) Vgl. BGH BB 1968, S. 689; BGH DB 1970, S. 2165; OLG München DB 1975, S. 494. A.A. Schmidt-Salzer, AGB, Rn. F. 131.
Eine Zusammenstellung vom Gesetz abweichender Formularbedingungen findet sich bei Brüggemann in Großkomm. - HGB § 377 Vorbem. 2.

Verjährungsfrist für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch gegenüber Nichtkaufleuten (vgl. § 24 Abs. 1 AGBG) in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. Die Gefahr einer Benachteiligung des Kunden durch Rechtsverlust wegen Nichteinhaltung der Rügefrist sah der Gesetzgeber für gewichtiger an als das Interesse des Verkäufers an alsbaldiger Klärung der endgültigen Erledigung des Geschäfts.

In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nunmehr lediglich für offensichtliche Mängel¹⁾ ein Verlust der Gewährleistungsansprüche des Käufers vorgesehen werden, wenn er eine Mängelrügefrist nicht einhält.

§ 11 Nr. 10 e AGBG ist also enger als § 377 Abs. 2 HGB, der eine unverzügliche Rüge erkennbarer Mängel vorschreibt. Unbenommen bleibt es freilich den Parteien, individualvertraglich etwas anderes zu vereinbaren, solange § 476 BGB beachtet wird²⁾.

Die Äußerungen von Rechtsprechung und Literatur zeigen, daß die Frage der Kaufmannseigenschaft allenfalls als Begleit-, nicht als eigentliches Kernproblem gesehen wird. Ebensowenig wird die Grundsatzfrage der Sinnhaftigkeit des in den Bestimmungen genannten Normadressatenkreises diskutiert. Die sachlich erforderliche Korrektur des Normanwendungsbereiches ist möglich, wenn man, anstatt auf vage Rechtsgrundsätze zurückzugreifen, sich bewußt macht, daß allein die Figur des Unternehmers den Adressatenkreis treffend kennzeichnet. Dies soll im Folgenden nachgewiesen werden.

-
- 1) Zu diesem Begriff vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucksache 7/3919, S. 35; Koch-Stübing § 11 Nr. 10, Rn. 60; Palandt - Heinrichs § 11 AGBG, Anm. 10 e aa.
 - 2) Während also im Geltungsbereich des BGB und HGB dem nichtkaufmännischen Käufer eine Obliegenheit zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge nur dann trifft, wenn eine besondere Vereinbarung hierüber geschlossen wurde, sieht das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (vom 17.7.1973, BGBl. I, 856) eine derartige Verpflichtung allgemein auch für den Nichtkaufmann vor (vgl. Mertens/Rehbinder EKG Art. 38, 39, Rn. 4 f.). Nach seinem Art. 7 ist das Gesetz ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien Kaufleute sind, anzuwenden. Wenngleich bei den Beratungen der Entwurfsverfasser der Handelskauf im Vordergrund stand, wurde dennoch eine differenzierte Behandlung von kaufmännischen und nichtkaufmännischen Geschäftspartnern als nicht sinnvoll angesehen (vgl. Mertens/Rehbinder EKG Art. 7, Rn. 2).

2. Die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Vorschriften

Die Ermittlung von Inhalt und Tragweite der Norm macht zunächst einen Blick auf die Entstehungsgeschichte erforderlich.

a) Regelungen vor Inkrafttreten des HGB

Während das gemeine deutsche Recht keine Haftung für Sachmängel kannte und Annahme als Billigung ansah¹⁾, schloß das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten (I/5 § 330) unter dem Einfluß des rezipierten römischen Rechts die Gewährleistung nur bei ganz offensichtlichen Mängeln und unterlassener Rüge aus²⁾.

Die Handelsrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts zeigten die Tendenz, allgemein eine Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers anzuerkennen³⁾ und damit über die seit dem Mittelalter bestehende Handelssitte⁴⁾ hinauszugehen.

In den Beratungen der Nürnberger Kommission zur Schaffung eines einheitlichen Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches⁵⁾ setzten sich letztendlich die aus dem Kaufmannsstand stammenden Mitglieder durch, die insbesondere einen Schutz des Kommissions- und Zwischenhandels forderten⁶⁾. Zum einen wurde betont, die Untersuchungspflicht sei im Verkehr so allgemein anerkannt⁷⁾, daß auf sie im Gesetz nicht verzichtet werden könne⁸⁾. Zum anderen befürchtete man, daß der Kunde, der nicht zur sofortigen Rüge gezwungen sei, seine Reklamatio-

1) Vgl. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, S. 467.

2) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 277 f.

3) Raisch, a.a.O., S. 279 f. m.w.N..

4) Vgl. Gareis, S. 388.

5) Vgl. hierzu eingehend Raisch, a.a.O., S. 281 ff.

6) Makower, Art. 347 Anm. 20 c.

7) Hiergegen nachdrücklich Thöl, S. 928, der einen entsprechenden Gewohnheitsrechtssatz bestreitet und eine Rügepflicht nur im kaufmännischen Verkehr für akzeptabel hält.

8) Protokolle AdHGB, S. 643.

nen davon abhängig machen werde, ob sich die Ware gewinnbringend veräußern lasse oder nicht¹⁾.

Es hätte im Hinblick auf diese Begründung nahe gelegen, die Untersuchungs- und Rügepflicht des Artikels 347 AdHGB nur Kaufleuten aufzuerlegen oder aber den Kreis der rügepflichtigen Nichtkaufleute einzuschränken. Ein entsprechender Vorschlag wurde jedoch abgelehnt²⁾.

b) Motive des historischen Gesetzgebers

Die Entwurfsverfasser des HGB wußten, daß die Gesetzeskommission für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches die Übernahme einer dem Artikel 347 AdHGB entsprechenden Bestimmung in das BGB ablehnten. Der Vorschlag, zumindest eine Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge aufzunehmen³⁾, wurde mehrheitlich verworfen. Zur Begründung führte man an, die Gefahr des Spekulierens auf Kosten des Verkäufers sei bei einem nichtkaufmännischen Käufer nicht begründet⁴⁾. Daneben wurde deutlich, daß man Bedenken hatte, eine Rügepflicht allen Bürgern aufzuerlegen, weil der Vorgang des Entdeckens nicht einfach sei⁵⁾. Der Verkehrsschutzgedanke erfuhr damit eine Änderung: Nicht mehr der Verkäufer stand allein im Vordergrund, sondern auch die Interessen des nichtkaufmännischen Käufers wurden in die Überlegungen miteinbezogen. Die Kommission gab nach Abwägung aller Gesichtspunkte dem Käuferschutz den Vorrang.

1) Protokolle AdHGB, S. 645; v. Hahn Art. 347 § 1.

2) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 283.

3) Protokolle BGB Bd. I, S. 690.

4) Protokolle BGB Bd. I, S. 691; vgl. auch Motive BGB Bd. II, S. 230.

5) Protokolle BGB Bd. I, S. 691.

In den Beratungen der Kommission zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches kam man im Hinblick auf den Regelungsentwurf im BGB zu der Auffassung, daß für den Handelsverkehr die Pflicht zur sofortigen Untersuchung und Mängelrüge im Allgemeinen beibehalten werden müsse¹⁾. Man befürwortete aber in Abänderung des Artikel 347 AdHGB eine Untersuchungs- und Rügepflicht nur für Vollkaufleute, denn dem nichtkaufmännischen Käufer dürfe im Hinblick auf die BGB-Regelung "eine solche Verpflichtung (nicht) bloß deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmann gekauft hat; hierdurch würde das kaufmännische Interesse in zu einseitiger Weise berücksichtigt"²⁾.

Gegen den so verfolgten Schutz des Nichtkaufmanns wandte sich Lehmann³⁾ in seiner eingehenden Kritik des Gesetzentwurfes. Er betonte, das Publikum sei sich bewußt, "daß im Verkehr mit Kaufleuten prompt gehandelt werden muß als im Bürgerlichen Recht".

Dieser einseitigen Betrachtungsweise wird man nicht folgen können, läßt sie doch die Interessen des geschäftsunerfahrenen Käufers gänzlich unberücksichtigt.

3. Der Schutz des geschäftlichen Verkehrs als Leitgedanke

Der Grundgedanke des § 377 HGB ist nach einhelliger Auffassung in dem Bedürfnis nach Klarheit und Schnelligkeit der Abwicklung zu sehen⁴⁾. Der Bundesgerichtshof hat die ratio legis wie folgt zusammengefaßt: "Der Verkäufer soll angesichts der Beweisnot, in die er mit

1) Materialien HGB, S. 376.

2) Ebd.

3) In: AcP Bd. 86 (1896), S. 1 ff.

4) Großkomm. HGB - Bruggemann § 377 Vorbem. 1; Schlegelberger - Hefermehl § 377, Rn. 1; Schmidt, Handelsrecht, S. 584.

zunehmendem Zeitablauf zu geraten droht, in die Lage versetzt werden, möglichst bald den Beanstandungen durch den Käufer nachzugehen, gegebenenfalls Beweise sicherzustellen und zudem zu prüfen, ob er ... den als sicher oder möglicherweise berechtigt erkannten Beanstandungen nachkommen und damit einen etwaigen Rechtsstreit vermeiden will. Gleichzeitig soll er gegen ein Nachschieben anderer Beanstandungen durch den Käufer geschützt werden."¹⁾

Die Begründung des Gerichts verdeutlicht, daß die Rechtsprechung - wie auch schon die Entwurfsverfasser - insbesondere den umsatzstarken Warenhandel im Blickfeld hatten. Für den Gesetzgeber galt es, zwischen diesem Gesichtspunkt und dem erforderlichen Schutz des unerfahrenen Käufers einen vernünftigen Ausgleich zu finden. Ob er eine sinnvolle Lösung gefunden hat, ist jedoch zweifelhaft. Weder die Anknüpfung an die Kaufmannseigenschaft auf Seiten des Verkäufers noch diejenige auf Seiten des Käufers vermag zu überzeugen.

a) Kaufmannseigenschaft des Normadressaten

aa) Besondere Sachkunde und Zumutbarkeit als Abgrenzungskriterien

Hinsichtlich des Kreises der Normadressaten sollte nach dem Willen des Gesetzgebers vermieden werden, daß einem Käufer Obliegenheiten auferlegt werden, denen er nicht oder nicht so nachzukommen in der Lage gewesen wäre. Nur wer erfahrungsgemäß über die zur Untersuchung und Feststellung des Mangels erforderliche Sachkunde verfügt, sollte mit einer entsprechenden Pflicht belegt werden²⁾. Man ging davon aus, daß ein Kaufmann über dieses Wissen verfügt. Die Anknüpfung an den Kaufmannsbegriff des HGB ist zwar gesetzgebungstechnisch ein geeignetes Mittel zur Abgrenzung, sachlich aber nicht ohne weiteres zu rechtfertigen. Der Automechaniker oder eine sonstige interessierte und

1) BGH BB 1978, S. 1498.

2) Vgl. Materialien HGB, S. 376.

informierte Person ist sicherlich bei einem privaten Fahrzeugkauf sehr viel eher in der Lage, Mängel des gekauften PKWs festzustellen und zu rügen als beispielsweise ein Makler oder Kommissionär, der ein Geschäftsfahrzeug erwirbt, dem der Mangel aber erst nach längerer Benutzung auffällt.

Kann das Argument von der besonderen Sachkunde des Kaufmanns die unterschiedliche Behandlung - allein - nicht rechtfertigen, so ist zu überlegen, ob nicht andere Gesichtspunkte die Anknüpfung der Untersuchungs- und Rügepflicht an die Kaufmannseigenschaft nahelegen.

Raisch¹⁾ sieht einen Ansatzpunkt darin, daß nur einem bestimmten Personenkreis eine sofortige Untersuchung und eventuelle Rüge "zumuten" ist. Der Gedanke der Zumutbarkeit im Sinne einer Obliegenheit war wohl auch Gegenstand der Kommissionsberatungen, wurde jedoch mit den Überlegungen zum Schutze des sachkundigen Käufers vermischt. Die Auffassung, mangels Erfahrung könne dem nichtkaufmännischen Käufer eine Pflicht nicht auferlegt werden²⁾, verknüpft eigentlich zu Unrecht zwei Überlegungen: zum einen die, ob man überhaupt eine Pflicht zur Untersuchung und Rüge auferlegen will, und zum anderen, ob das Übersehen eines Mangels bei einer Untersuchung infolge fehlender Sachkunde dem Käufer zum Nachteil gereichen soll. Hätte man beide Punkte getrennt, so wäre es möglich gewesen, zu überlegen, ob man unabhängig von der Sachkunde dem nichtkaufmännischen Käufer überhaupt eine sofortige Untersuchung zumuten kann.

Der Zumutbarkeitsgedanke spielte auch in den Beratungen des BGB-Entwurfes eine Rolle. So wurde ausgeführt, der Handel setze einen ordnungsgemäßen Geschäftsgang voraus, mit dem in anderen Verhältnissen nicht gerechnet werden dürfe. Man werde deshalb im BGB dem Käufer die Untersuchungspflicht nicht auferlegen können³⁾.

1) Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 292; zustimmend Capelle/Canaris, S. 185 f.

2) Materialien HGB, S. 376.

3) Protokolle BGB, Bd. I, S. 691. Wie die weitere Diskussion zeigt, war man sich hierüber in der Kommission einig; strittig war dagegen, ob man die Pflicht zur unverzüglichen Rüge nach Entdeckung aus dem Art. 347 AdHGB übernehmen sollte.

bb) Zumutbarkeit und Kaufmannseigenschaft

Akzeptiert man den Zumutbarkeitsgedanken als einen tragenden Gesichtspunkt, so bedarf es doch einer näheren Darlegung, warum gerade dem Kaufmann eine unverzügliche Untersuchung und Rüge zuzumuten ist. Hier spielt wieder der Grundgedanke des § 377 HGB eine Rolle, das Bedürfnis nach Klarheit und Schnelligkeit der Abwicklung. Die Norm hat primär den Schutz der Interessen des Verkäufers im Auge. Die dem Käufer auferlegte Obliegenheit läßt sich mit dessen Möglichkeiten und Interessen vereinbaren. Der Kaufmann verfügt in der Regel über die notwendige Ausstattung an Personal und Gerät, um eine Untersuchung der an ihn gelieferten Waren ordnungsgemäß durchführen zu können. Er erweckt bei seinem Geschäftspartner, anders als der Nichtkaufmann, durch seine unternehmerische und in der Regel auf Gewinnerzielung ausgerichtete Tätigkeit die Erwartung, daß er im eigenen Interesse, insbesondere weil die gekaufte Sache doch in dem Geschäftsbetrieb zum Einsatz kommen soll (zumindest kann dies gemäß § 344 HGB erwartet werden), unverzüglich von seinem Recht auf Geltendmachung der Gewährleistung bei mangelhafter Lieferung Gebrauch machen wird, also die Sache untersuchen und gegebenenfalls deren Mängel rügen wird. Dieses Vertrauen des Geschäftspartners verdient, wie der Gesetzgeber richtig erkannt hat, Schutz.

Es ist allerdings weder interessengerecht noch vom Normzweck her geboten, diesen Schutz einem Verkäufer lediglich gegenüber kaufmännischen Vertragspartnern zuzubilligen. Die §§ 377 und 378 HGB ermöglichen und verlangen die Einbeziehung aller Geschäftsvorfälle mit unternehmerischen Käufern. Die unverzügliche Untersuchung und Rüge ist unabhängig von der Kaufmannseigenschaft jedem Unternehmer zuzumuten, der durch das Betreiben einer organisierten Wirtschaftseinheit zum einen in der Lage ist, der Obliegenheit tatsächlich nachzukommen, zum anderen auch aufgrund der unternehmerischen Tätigkeit beim Verkäufer das Vertrauen erweckt, daß die eigenen Interessen ohne Verzögerung verfolgt werden¹⁾.

1) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 292, im Ergebnis ähnlich Schmidt, Handelsrecht, S. 587.

Adressat der Vorschriften ist deshalb der Unternehmer, wie er in dieser Arbeit bereits näher gekennzeichnet wurde, nicht lediglich der Kaufmann im Sinne des HGB.

cc) Beschränkung auf geschäftstypische Erwerbsvorgänge?

Raisch¹⁾ will allerdings die Zumutbarkeit einer Pflicht für jedes Unternehmen auf diejenigen Verträge beschränken, mit denen berufs- bzw. gewerbetypische Waren angeschafft werden²⁾. Diese Einschränkung dürfte nicht sachgerecht sein. § 377 HGB unterscheidet hinsichtlich des Kaufmanns nicht danach, ob es sich im einzelnen Falle um einen Vertrag handelt, dessen ordnungsgemäße Erfüllung der Käufer aufgrund seines Fachwissens überprüfen kann. Zu den in § 377 HGB erwähnten Handelsgeschäften zählen alle Haupt- oder Hilfsengeschäfte, die im Betrieb des Handelsgewerbes anfallen (vgl. § 343 HGB), also auch, um das Beispiel in Erinnerung zu rufen, der Kauf eines Geschäftsfahrzeuges. Zudem wird gemäß § 343 HGB widerlegbar vermutet, daß die von dem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betrieb seines Gewerbes gehören.

Will man de lege lata den Adressatenkreis der Norm erweitern³⁾, so wird dies allein im Wege der analogen Anwendung des § 377 HGB auf einen kaufmannsähnlichen Personenkreis, die Unternehmer, möglich sein. Methodisch ist es dann aber höchst bedenklich, das Tatbestandsmerkmal "Handelsgeschäft", das in § 343 Abs. 1 HGB definiert ist, restriktiv in der Weise auszulegen, daß nur die zur Berufsausübung⁴⁾ getätigten Kaufverträge darunter einzuordnen sind. Die von Raisch empfohlene Auferlegung einer Untersuchungs- und Rügepflicht auf den

1) Geschichtliche Voraussetzungen, S. 292; unklar insoweit Schmidt, Handelsrecht, S. 587.

2) "Durch das Betreiben einer organisierten Wirtschaftseinheit behauptet ... der Unternehmer, über ein spezifisches Fachwissen zu verfügen." (Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen).

3) Dies ist wohl auch die Absicht von Raisch, da er eine gesetzliche Verpflichtung jedes Käufers zur alsbaldigen Rüge für bedenklich hält.

4) Vgl. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, S. 292.

nichtkaufmännischen Unternehmer in einem beschränkten Umfang läßt sich nur unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben verwirklichen. Denn dieses Kriterium ermöglicht es, wie die bisher ergangene Rechtsprechung gezeigt hat, auf die Umstände des besonderen Einzelfalles einzugehen.

Für eine solche Einschränkung besteht meines Erachtens auch kein Anlaß. Wie oben näher dargelegt, soll durch § 377 HGB ein Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Verkäufer und Käufer geschaffen werden. Anders als beim "privaten" Käufer kann der auf rasche Abwicklung angewiesene Verkäufer von dem unternehmerisch tätigen Vertragspartner erwarten, daß dieser bei jedem Geschäft im Rahmen des Unternehmens aus eigenem unternehmerischen Interesse besorgt ist, unverzüglich die gelieferte Sache auf ihre Mängelfreiheit hin zu überprüfen. Zudem besteht bei einem unternehmerischen Vertragspartner, anders als bei dem "normalen" Käufer, Anlaß zu der Annahme, daß dieser mit den Geschäftsgepflogenheiten und damit auch mit dem zu beachtenden Interesse des Verkäufers an einer raschen Mitteilung vorhandener Mängel vertraut ist.

Entgegen Raisch ist es deshalb angebracht, alle Geschäfte einzubeziehen, die zum Unternehmen zählen¹⁾.

b) Kaufmannseigenschaft des Verkäufers

Neben der Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Normadressaten bedarf es einer Überprüfung, ob auch der Verkäufer Kaufmann im Sinne der §§ 1 bis 6 HGB sein muß oder ob hier, wie beim Normadressaten, eine Korrektur aus der ratio legis heraus zu fordern ist.

1) In diese Richtung wohl auch Schmidt, Handelsrecht, S. 587; wie Raisch dagegen Müller, S. 266.

aa) Stellungnahmen im Schrifttum

Eine solche Korrektur hat bislang, soweit ersichtlich, lediglich Schmidt¹⁾ gefordert. Allerdings findet sich bei ihm keine nähere Auseinandersetzung mit der Norm. Seine Auffassung, § 377 HGB wie auch die folgenden Paragraphen 378 bis 382 HGB seien analog auf Unternehmen anzuwenden, beruht auf der von ihm geforderten Ersetzung des Kaufmannsbegriffes durch das Tatbestandsmerkmal "Unternehmen"²⁾. Rechtspolitisch mag das ein richtiger Gedanke sein; solange jedoch § 377 HGB die Kaufmannseigenschaft verlangt, gilt es nachzuweisen, daß nach Sinn und Zweck der Norm diese auch auf Nichtkaufleute - analog - angewandt werden kann.

Es wurde oben schon darauf hingewiesen, daß die gesetzliche Bestimmung besondere Interessen eines Verkäufers, der nicht Privatverkäufe tätigt, sondern im Zusammenhang mit seinem Handelsbetrieb Verkaufsgeschäfte abschließt, schützen will. Die Gesetzesverfasser des HGB gingen wie die des AdHGB davon aus, daß solche Gewerbetreibende entsprechend dem schon bis dato geübten Handelsbrauch eine rasche Aufklärung über das Vorhandensein von Mängeln benötigen, um die erforderlichen Dispositionen für ihr Unternehmen treffen zu können³⁾. Ein Festhalten an der Kaufmannseigenschaft des Verkäufers ist meines Erachtens heute nicht mehr zu rechtfertigen, eine analoge Anwendung auf bestimmte Nichtkaufleute angezeigt. Eine solche Analogie würde sich allerdings verbieten, wenn der Gesetzgeber durch § 377 HGB nur die Geschäfte der Zwischenhändler hätte treffen wollen. Zu dieser Auffassung tendiert wohl Lehmann⁴⁾, wenn er ausführt, der entscheidende Gesichtspunkt, der für eine Untersuchungs- und Rügepflicht spreche, sei das Bedürfnis des Verkäufers, unverzüglich von Mängeln zu erfahren, um seinen Vormann rechtzeitig in Anspruch nehmen zu können.

1) Handelsrecht, S. 587.

2) Schmidt, a.a.O., S. 39 - 48.

3) Vgl. Materialien HGB, S. 376.

4) AcP Bd. 86 (1986), S. 5.

Wenn dem so wäre, könnten Überlegungen zur analogen Anwendung unterbleiben, denn die dadurch angesprochenen Zwischenhändler sind immer Kaufleute gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB, gegebenenfalls gemäß § 6 HGB; und selbst ein minderkaufmännischer Geschäftsbetrieb würde, da § 377 HGB zwischen vollkaufmännischen und minderkaufmännischen Unternehmungen nicht differenziert, genügen.

bb) Der Schutz unternehmerischer Betätigung als Normzweck

Der Meinung von Lehmann kann jedoch nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß sich in den Gesetzesmaterialien ein derartiger Hinweis nicht findet, im Gegenteil ausdrücklich erklärt wird, daß der Gedanke, der Verkäufer müsse in der Lage sein, rechtzeitig seinen Vormann in Anspruch nehmen zu können, nicht durchgreifend sei¹⁾, spricht schon der Wortlaut des § 377 HGB gegen eine solche Deutung. Hätte der Gesetzgeber diese Absicht verfolgt, so hätte sich ein derart weiter Normanwendungsbereich, wie er von § 377 HGB in Verbindung mit §§ 343, 344 HGB eröffnet wird, von selbst verboten; man hätte eine engere Fassung wählen müssen. Da dies jedoch nicht geschah und man den Gesetzesverfassern nicht unterstellen kann, dieses Problem übersehen zu haben, ist davon auszugehen, daß § 377 HGB auf alle Verkaufsgeschäfte Anwendung finden soll.

Das Bedürfnis nach rascher Klarheit und Dispositionsmöglichkeit besteht bei jedem Unternehmen, unabhängig von der Kaufmannseigenschaft. Wenn V in unserem zweiten eingangs genannten Beispielfall regelmäßig seine Getreideernte veräußert, so bedarf er einer alsbaldigen Klarheit über die Mängelfreiheit seiner Lieferung an K, um seine Getreidevorräte anderweitig verkaufen zu können. Und U im Fall a) bedarf schnellstmöglicher Klarheit darüber, ob der von ihm produzierte Film gebilligt wird, damit er disponieren kann, ob er sein mit dem Werklohn finanziertes Arbeitsmaterial für neue Projekte einsetzen kann oder aber den

1) Materialien HGB, S. 376.

Werklohn zurückzuzahlen hat, oder - bei entsprechender Vertragsgestaltung (vgl. § 476 a BGB) - ob er möglicherweise den Film neu produzieren und deshalb bereits angenommene Neuaufträge wieder zurückgeben muß. Es wird meines Erachtens anhand der Beispiele deutlich, daß die vom Gesetz als schutzbedürftig empfundene Situation des Verkäufers unabhängig von dessen Kaufmannseigenschaften besteht.

Anders als der private Verkäufer ist nicht nur jeder Kaufmann, sondern jeder Unternehmer grundsätzlich auf eine rasche Kenntniserlangung angewiesen. Die Dispositionen in einem Unternehmen müssen rascher getroffen werden als üblicherweise die einer Privatperson. Es läßt sich zwar nicht ausschließen, daß im Einzelfall auch der private Verkäufer auf schnelle Dispositionsmöglichkeit angewiesen ist. Diese Fälle sind aber wohl so selten, daß eine Verallgemeinerung in Form einer Einbeziehung in die gesetzliche Regelung des HGB nicht angezeigt ist. Hier kann im Einzelfall besser mit den Grundsätzen von Treu und Glauben geholfen werden; im übrigen steht dem Ausschluß oder der Beschränkung der Gewährleistung durch Individualvertrag nichts im Wege. Auch der private Verkäufer kann sich den Schutz beschaffen, dessen er bedarf.

Im Ergebnis ist deshalb mit Schmidt¹⁾ davon auszugehen, daß es für die Anwendbarkeit von § 377 HGB genügt, wenn das Geschäft auf beiden Seiten zu einem Unternehmen gehört.

Für unsere beiden eingangs genannten Fälle hat dies zur Konsequenz, daß nur eine unverzügliche Untersuchung und Rüge den unternehmerischen Käufer bzw. Besteller vor dem Verlust seiner Gewährleistungsansprüche bewahrt.

1) Handelsrecht, S. 587.

VII. Unternehmer als Normadressaten in gesetzlichen Regelungen außerhalb des Handelsgesetzbuches

Fallbeispiele:

- a) Rechtsanwalt A will sich zur Ruhe setzen. Er veräußert deshalb seine Büroeinrichtung sowie seine umfangreiche Bibliothek an Rechtsanwalt B, der sich seit kurzem selbständig gemacht hat. Da B derzeit knapp bei Kasse ist, vereinbaren beide, daß B den Kaufpreis in vier gleichen Raten innerhalb eines Jahres - mit einem angemessenen Aufschlag - zahlen soll und das Eigentum erst nach vollständiger Zahlung übergeht. Da man ja unter Kollegen ist, wird auf eine schriftliche Fixierung verzichtet. B stellt alsbald fest, daß er sich finanziell übernommen hat. Nach einem Blick ins Gesetzbuch widerruft er den Kaufvertrag. A klagt auf Zahlung.
- b) K, der ein großes landwirtschaftliches Gut besitzt, jedoch nicht im Handelsregister eingetragen ist, kauft von seinem Nachbarn V, ebenfalls ein Großbauer, mehrere landwirtschaftliche Maschinen, die V infolge von Umstrukturierungen im Betrieb nicht mehr benötigt. Statt der zunächst geforderten Kaufpreiszahlung von 18.000,-- DM per sofort vereinbaren beide, daß K in sechs Raten zu je 3.000,-- DM zahlen kann, erst nach Zahlung der letzten Rate soll K Eigentümer werden. Als K alsbald mit der Zahlung in Verzug gerät, erwirkt V einen Vollstreckungsbescheid und läßt in die verkauften Gegenstände vollstrecken. K erhebt nunmehr Vollstreckungsgegenklage und macht unter anderem Rückgewähransprüche aus dem Abzahlungsgesetz geltend (vgl. BGH Z 55, 59).

Vorbemerkung:

Bereits zu Beginn dieser Erörterungen wurde darauf hingewiesen, daß es auch außerhalb des Handelsgesetzbuches in verschiedenen Gesetzen Normen gibt, die sich mit kaufmännischen Geschäften befassen. Zum Abschluß dieser Untersuchung soll noch überlegt werden, ob auch solche Bestimmungen auf den näher beschriebenen Unternehmer Anwendung

finden können und müssen, weil nur diese Figur den eigentlichen Kreis der Normadressaten kennzeichnen kann. Eine Überprüfung aller in Betracht zu ziehenden Normen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Wir werden uns deshalb auf die Behandlung zweier Vorschriften beschränken, die sich dafür besonders anbieten: § 8 AbzG und § 38 Abs. 1 ZPO - erstere, weil sie bereits vor Inkrafttreten des HGB galt, letztere, weil sie ihre jetzige Fassung erst 1974 erhielt, zu einer Zeit also, als dem Gesetzgeber die Problematik des Kaufmannsbegriffes und die verschiedenen Änderungsvorschläge bereits bekannt bzw. bewußt waren.

1. Ratenzahlungskäufe des Unternehmers

a) Entstehungsgeschichte, Norminhalt und -zweck des Abzahlungs- gesetzes

Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte (AbzG) trat bereits im Jahre 1894, also noch unter der Geltung des AdHGB, in Kraft. Es sollte nach dem Willen des Gesetzgebers den Schutz des wirtschaftlich und sozial schwächeren Abzahlungskäufers herbeiführen, der deshalb und wegen seiner grundsätzlich geringen Erfahrungen im Wirtschaftsleben durch die entsprechenden Regelungen privilegiert wurde¹⁾. Diese sozialpolitische Funktion macht diesen Normenkatalog zu einem der bedeutsamen Nebengesetze zum BGB²⁾.

Da die Vorschriften des Gesetzes nach Sinn und Zweck nur dort die Vertragsfreiheit beschränken sollen, wo der Käufer eines Schutzes be-

1) Pramann, DB 1974, S. 2093.

2) Fikentscher, Schuldrecht, S. 414.

darf, wurde, um den Interessen der Vertragsfreiheit im Großhandel genüge zu tun¹⁾, in § 8 AbzG bestimmt, daß die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes keine Anwendung finden, wenn der Käufer als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Was den Gesetzgeber bewog, die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes mit der Registereintragung zu verbinden, wird aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich. Entgegen Pramann²⁾ dürfte aber die Begründung zum Gesetzentwurf dahingehend zu verstehen sein, daß in gegenständlicher Beziehung, also hinsichtlich Art und Umfang des jeweiligen Rechtsgeschäfts, keine Wertgrenze festgelegt sein sollte und daß in personeller Hinsicht allein das Merkmal der Registereintragung den Ausschlag geben sollte³⁾. Obwohl es nahe lag, den Anwendungsbereich des Gesetzes weiter einzuschränken⁴⁾ und allen Vollkaufleuten unabhängig von ihrer Eintragung den Schutz des Gesetzes zu versagen, schien es dem Gesetzgeber sinnvoll, aus Gründen der Einfachheit der Handhabung an dieses Merkmal anzuknüpfen.

Anlaß zur Schaffung des Abzahlungsgesetzes war die Tatsache, daß der private und geschäftlich unerfahrene Käufer bei Verträgen im Zusammenhang mit der Deckung des persönlichen Lebensbedarfes Abzahlungsvereinbarungen traf, ohne die damit verbundene Verteuerung und die Risiken eines Zahlungsverzuges (mangels Aufklärung durch den Verkäufer) zu überblicken. Hinzu kam, daß die Anpreisung niedriger Raten und geringer monatlicher Belastung große Teile der einkommensschwachen Bevölkerungsschichten zu überflüssigen Anschaffungen verführte⁵⁾.

Diese Schutzfunktion des Gesetzes wurde durch einige Novellierungen verdeutlicht. Daneben wurde von der Rechtsprechung die Anwendung

1) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes, Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, II. Session 1893/94, 1. Anlageband-Drucks. Nr. 113, S. 720, 725 f.

2) DB 1974, S. 2094.

3) Vgl. BGH Z 15, 241, 243.

4) Vgl. BGH, a.a.O.

5) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes in den Stenogr. Berichten; Palandt - Putzo Anm. 1 b vor § 1 AbzG.

der Vorschriften des Abzahlungsgesetzes auch auf den finanzierten Kauf ausgedehnt¹⁾. Nicht zuletzt diese Ausdehnung des Anwendungsbereiches hatte im Laufe der Zeit zur Folge, daß immer mehr finanzierte Kaufverträge unabhängig von der Art des Kaufgegenstandes den Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes unterlagen. Auch die finanzierte Anschaffung von Ausrüstungsgegenständen von Unternehmen erfaßte die Rechtsprechung mit den Normen des Abzahlungsgesetzes, obwohl bei diesen Geschäften auf Seiten des Käufers sicherlich keine geschäftlich unerfahrenen und schutzbedürftigen Personen standen²⁾.

Mit der Zielsetzung des Gesetzgebers, die sozialpolitisch unerwünschte Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit des Konsumenten zu verhindern, steht das Ergebnis sicher nicht im Einklang, wohl aber, zumindest bei dem "reinen" Abzahlungsgeschäft, mit dem Wortlaut des Gesetzes.

b) Überlegungen von Rechtsprechung und Literatur zur Frage einer Erweiterung des Normadressatenkreises

Angesichts des sachlich nicht überzeugenden Abgrenzungsmerkmals zwischen schutzwürdigen und nicht schutzbedürftigen Personen konnte es nicht ausbleiben, daß Versuche unternommen wurden, die starren Grenzen des Anwendungsbereiches zu durchbrechen.

aa) Stellungnahme der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung stand und steht allerdings solchen Überlegungen völlig ablehnend gegenüber. Der Bundesgerichtshof erkennt zwar an,

1) Beispielhaft BGH Z 47, 241; i.E. zustimmend die h. M. in der Lit.

2) Vgl. nur den bei BGH Z 55, 59, und BGH NJW 1977, S. 1632 jeweils mitgeteilten Sachverhalt.

daß in der Sache eine Beschränkung des Anwendungsbereiches wünschenswert sei, sieht sich aber aufgrund einer "bewußten" Willensentscheidung des Gesetzgebers" und im Hinblick auf die Möglichkeit, daß er durch eine Einschränkung "ein Element hoher Unsicherheit in die Rechtsanwendung bringen würde"¹⁾, an einer restriktiven Handhabung des Gesetzes gehindert.

Auch bei fehlender sozialer Schutzbedürftigkeit des Käufers ist nach Meinung des BGH im Interesse der Rechtsicherheit an der durch das Gesetz festgelegten Abgrenzung festzuhalten²⁾. Es fällt auf, daß der Bundesgerichtshof, der sonst recht häufig dazu tendiert, von ihm als unbillig empfundene Ergebnisse notfalls unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben zu korrigieren, im Bereich des Abzahlungsgesetzes solche Überlegungen strikt ablehnt und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung seit Erlass des Gesetzes höher bewertet als die Billigkeit der einzelnen Entscheidung³⁾.

bb) Äußerungen im Schrifttum

In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Überwiegend wird unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut des § 8 AbzG und die Gefahr einer Rechtsunsicherheit eine Korrektur des Anwendungsbereiches durch den Richter für unzulässig gehalten und ein Einschreiten des Gesetzgebers gefordert⁴⁾. Andere Stimmen fordern dagegen eine Anwendung des Abzahlungsgesetzes nur dort, wo der Käufer tatsächlich schutzbedürftig ist⁵⁾. Man entnimmt aus § 24 AGBG, der, anders als

1) BGH Z 15, 241, 243; anders aber OLG Köln als Vorinstanz.

2) BGH Z 55, 59, 65; ebenso BGH NJW 1977, S. 1632; BGH WM 1979, S. 1385, 1387.

3) Vgl. BGH Z 15, 241, 243.

4) Klauss, NJW 1953, S. 6, 8; Mü. Komm.-Westermann § 8 AbzG Rn. 5; Ostler-Weidner § 8 Anm. 10; RGRK - BGB - Kessler § 8 AbzG Rn. 1.

5) Klauss-Ose § 8 Rn. 867 ff.; Pramann, DB 1974, S. 2094, in diese Richtung tendierend auch Soergel - Siebert - Ballerstedt § 455, Rn. 21.

§ 8 AbzG, zwischen eingetragenen und nichteingetragenen Kaufleuten keine Unterscheidung trifft, eine Wertentscheidung des Gesetzgebers, "Verbraucher schützende Vorschriften nicht allen Personen zugute kommen zu lassen, sondern nur solchen, die tatsächlich schutzbedürftig sind". Dieser Gedanke sei auch bei § 8 AbzG zu berücksichtigen mit der Folge, daß jedenfalls einem zu Unrecht nicht eingetragenen Kaufmann der Schutz des Abzahlungsgesetzes nicht zu gewähren ist. Praxmann¹⁾ hält es bereits für fragwürdig, ob der Gesetzgeber diese strikte Trennungslinie zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Kaufmann ziehen wollte. In jedem Falle müsse aber, wenn der Käufer nicht schutzbedürftig sei, aus den in § 242 BGB genannten Grundsätzen eine Anwendung des Abzahlungsgesetzes unterbleiben²⁾.

c) Erfordernis und Möglichkeit einer Einbeziehung des Unternehmers

aa) Kaufmannseigenschaft und ratio legis

Es ist meines Erachtens falsch, wenn behauptet wird, schon nach Sinn und Zweck des Gesetzes komme eine Anwendung des § 8 AbzG auf andere Personen als nur den eingetragenen Kaufmann nicht in Betracht³⁾. Vielmehr ist aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, daß grundsätzlich nur der Personenkreis einbezogen werden sollte, der tatsächlich eines Schutzes bedarf⁴⁾. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Abgrenzung zwischen schutzbedürftigen und nicht schutzbedürftigen Käufern beruht nicht auf Erkenntnissen über die Schutzbedürftigkeit bestimmter

1) DB 1974, S. 2094.

2) Ähnlich Klauss-Ose § 8, Rn. 870.

3) So aber Klauss, NJW 1953, S. 8.

4) Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes, a.a.O. (S. 206, Fn. 1).

Käuferschichten, sondern auf Praktikabilitätserwägungen, da jedenfalls der eingetragene Kaufmann angesichts seiner geschäftlichen Erfahrung eines Schutzes nicht bedarf.

Nach der ratio legis ist der vom Gesetz beabsichtigte Schutz nicht allein dem eingetragenen Kaufmann zu verwehren, sondern vielmehr jedem Inhaber einer Unternehmung. Das Gesetz will vermeiden, daß der geschäftlich unerfahrene Käufer Abzahlungsgeschäfte abschließt, die er in ihrer finanziellen Tragweite aufgrund fehlenden Wissens und mangelnder Aufklärung nicht überblicken kann. Folglich gilt es, für die Festlegung des Ausnahmebereiches der Gesetzesanwendung denjenigen Personenkreis zu kennzeichnen, der des Schutzes nicht bedarf. Dies kann jedoch nicht mit Hilfe des Merkmals der Registereintragung geschehen. Dadurch wird zwar eine zweifelsfreie Abgrenzung ermöglicht; diese ist freilich rein formal und ohne Beziehung zu dem vom Gesetz verfolgten Zweck. Sie hat zur Konsequenz, daß der Sollkaufmann im Sinne von § 2 HGB, der pflichtwidrig seine Eintragung nicht herbeiführt, grundsätzlich den Schutz des AbzG in Anspruch nehmen kann - ein wenig befriedigendes Ergebnis.

Gleichermaßen sinnwidrig ist die Einbeziehung der kaufmannsähnlichen Unternehmer in den Schutzbereich der Vorschriften. Auch diese Personen, soweit sie vom Umfang ihrer Betätigung einem Vollkaufmann gleichstehen, verfügen über die geschäftliche Erfahrung, um Bedeutung und Auswirkung eines Abzahlungskaufes abzuschätzen.

Nach Sinn und Zweck der Vorschriften wären deshalb alle Abzahlungsgeschäfte des Unternehmers, dessen Unternehmung einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert¹⁾, nicht dem Abzahlungsgesetz zu unterstellen.

1) D. h. Erfordernis kaufmännischer Buchführung und dergl.

bb) Die formale Abgrenzung des Ausnahmbereiches als Hindernis
einer Einbeziehung von Unternehmern

Wie dargelegt, zählt jeder (vollkaufmännische) Unternehmer zu dem Personenkreis, der nach dem vom Gesetz verfolgten Zweck eines Schutzes nicht bedarf. Die danach gebotene Einbeziehung der Inhaber von Unternehmen in den Normadressatenkreis des § 8 AbzG muß jedoch aus methodischen Gründen scheitern.

aaa) Der "Wille des Gesetzgebers" als Anwendungshindernis

Zum Teil wird in der Literatur die Auffassung vertreten, eine ausdehnende Anwendung des § 8 AbzG verbiete sich angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber in Kenntnis der Fragwürdigkeit des Abgrenzungsmerkmals es auch bei den verschiedenen Novellierungen unterlassen habe, die Bestimmung zu korrigieren¹⁾. Diese Folgerung kann nicht überzeugen. Schon in methodischer Hinsicht ist dieses Ergebnis mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen wohl nicht im Einklang²⁾. Der Wille des Gesetzgebers ist ein wichtiges, aber keinesfalls das alleinige Interpretationsmittel bei der Frage nach dem richtigen Norminhalt. Sicherlich kann die juristische Auslegung nicht darauf verzichten, den Prozeß der Entstehung des Gesetzes (und seiner Änderungen) in Betracht zu ziehen³⁾. Die ratio legis aber im Sinne der (überkommenen) subjektiven Auslegungsmethode allein am Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln⁴⁾, heißt, das statische Interesse an der Beständigkeit, Bewahrung und Sicherheit der Rechtsnormierung in den Vordergrund zu stel-

1) RGRK - BGB - Kessler Einleitung AbzG Rn. 9; dahin tendierend wohl auch BGH Z 55, 59, 65.

2) Darauf weist zutreffend Pramann, DB 1974, S. 2094, hin.

3) Betti, S. 632.

4) Vgl. hierzu u.a. Heck, Rechtsgewinnung, S. 12, einerseits, Bender JZ 1957, S. 593 ff. andererseits; vermittelnd Larenz, Methodenlehre, S. 321.

len. Die Wandlungen der sozialen Umwelt, die dann unberücksichtigt bleiben würden, machen es aber erforderlich, unter Wahrung der Kontinuität die ursprüngliche Wertung gegenüber der Forderung nach Anpassung und Umgestaltung in der Sozialentwicklung abzuwägen¹⁾.

Darüber hinaus fehlt es aber auch an einem Hinweis des historischen Gesetzgebers, der die Annahme rechtfertigen könnte, der in § 8 AbzG genannte Ausnahmbereich sei bewußt aufrecht erhalten worden. Angesichts des tatsächlichen Schweigens ließe sich mit gleicher Berechtigung der Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe diese Frage ausklammern wollen.

bbb) Die Anknüpfung an außerhandelsrechtliche Kriterien als Anwendungsschranke

Es stellt sich vielmehr die Frage, ob es der Wortlaut des § 8 AbzG erlaubt, intra legem den Ausnahmbereich auszuweiten. Methodisch wäre dies grundsätzlich auf verschiedenen Wegen denkbar:

- im Wege der Analogie zum Kaufmannsbegriff des § 8 AbzG;
- im Wege der teleologischen Extension der Vorschrift;
- im Wege einer teleologischen Reduktion der Bestimmungen der §§ 1 bis 7 AbzG.

Im Bereich des HGB haben wir uns, soweit es erforderlich war, der Methode der Analogie bedient, um eine ausdehnende Anwendung herbeizuführen. Grund dafür war, daß die einzelnen untersuchten Normen selbst das Rechtssubjekt ansprachen. Anders ist es jedoch bei § 8 AbzG. Diese Norm regelt das Handeln des Rechtssubjekts nicht unmittelbar, sondern legt fest, inwieweit andere, speziellere Normen ausnahmsweise keine Anwendung finden sollen. § 8 AbzG stellt damit selbst eine vom Gesetzgeber geplante teleologische Reduktion dar, eine von dem Gebot Ungleiches ungleich zu behandeln, erzwungene notwendige Differenzierung aufgrund einer wertenden Betrachtung verschiedener Fallkonstellationen.

1) Betti, S. 632, vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 321.

tionen¹⁾. Die Methode der Analogie verbietet sich daher.

Auch der Weg einer teleologischen Extension kann nicht beschritten werden. Eine solche Ausdehnung bedeutet die Korrektur des Gesetzeswortlautes durch Erweiterung des zu engen Wortsinnes, ohne daß es sich bereits um eine Analogie handelt²⁾. Ziel der Methode ist es, einen in sich widerspruchsvollen Wortlaut einer Bestimmung im Hinblick auf deren Zweck zu berichtigen³⁾. Es steht meines Erachtens außer Zweifel, daß sich der Wortlaut des § 8 AbzG, also die Anknüpfung an die Eintragung im Handelsregister, mit dem Zweck des Gesetzes, Schutz dort zu gewähren, wo der Käufer aufgrund seiner geschäftlichen Unerfahrenheit des Schutzes bedarf, nicht immer deckt.⁴⁾ Einen in sich widerspruchsvollen Wortlaut enthält § 8 AbzG jedoch nicht, sondern aus heutiger Sicht ein im Hinblick auf den Schutzzweck der Bestimmung wenig geeignetes Merkmal.

Es bleibt daher zu prüfen, ob im Wege der teleologischen Reduktion eine Korrektur des Anwendungsbereiches herbeigeführt werden kann. Ein solches methodisches Vorgehen kann geboten sein durch Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst, aber auch durch einen - vorrangigen - Zweck einer anderen Norm, der anderenfalls nicht erreicht würde⁵⁾. Dabei wäre hier daran zu denken, daß einmal der Kreis der zu schützenden Personen so umfassend nicht sein muß; zum anderen wäre zu erwägen, ob nicht der Grundsatz der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit, als einer übergeordneten Norm, durch die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes eine über das Erforderliche hinausgehende Einschränkung erfährt.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 377.

2) Larenz, a.a.O., S. 386.

3) Larenz, a.a.O.

4) Denkbar wäre, daß der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollte, daß nur Vollkaufleute nicht schutzwürdig seien, und, weil diese üblicherweise im Handelsregister eingetragen sind, mangels einer Vorschrift im damals noch gültigen AdHGB, die den §§ 1, 2 HGB entspricht, eine Anlehnung an die Eintragung für sinnvoll hielt.

5) Larenz, Methodenlehre, S. 378.

Die teleologische Reduktion verbietet sich jedoch, wenn ein vorrangiges Interesse an Rechtssicherheit die strikte Einhaltung der Grenzen des möglichen Wortsinnes verlangt¹⁾. Ein solches Interesse wird, wie oben bereits dargelegt, von der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur bejaht. Überzeugend ist dieses Argument jedenfalls dann nicht, wenn man bedenkt, daß sich die herrschende Meinung bei anderen Bestimmungen, z. B. beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben, der Untersuchungs- und Rügepflicht, nicht scheut, in Abänderung der bisherigen Auffassung den Kreis der Normadressaten zu erweitern. Eine korrigierende Anwendung ist jedoch deshalb abzulehnen, weil der Schutzbereich des Gesetzes formal abgegrenzt ist²⁾. Anders als in weiten Bereichen des Handelsgesetzbuches, wo der Gesetzgeber zwar Veränderungen im Bild des Kaufmanns nicht vorausgesehen hat, aber für eine Erweiterung des Anwendungsbereiches bestimmter Normen keine Hindernisse gesetzt hat, läßt sich im Falle des § 8 AbzG das Merkmal der Registereintragung mit den zur Verfügung stehenden Methoden de lege lata nicht beseitigen. Es ist weder einer Auslegung zugänglich noch läßt sich dem Gesetzeswortlaut entnehmen, daß darauf verzichtet werden könnte. Anders als der Kaufmannsbegriff, der tatsächliche Veränderungen erfahren kann, sind Bedeutung und Funktion der Registereintragung bindend im Gesetz festgelegt (§§ 8 bis 16 HGB). Knüpft das Gesetz daher, wenn auch nicht im Einklang mit seinem eigenen Zweck, an dieses Kriterium an, so ist dies für den Gesetzesanwendenden bindend.

Soweit dadurch im Einzelfall unbillige Ergebnisse erzielt werden, kann man dem unter Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben begegnen. Auch wenn das Gesetz nicht auf die Schutzwürdigkeit im Einzelfall abstellt³⁾, so kann sich dennoch der Käufer (dann) nicht auf die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes berufen, wenn er bei Vertrags-schluß den Vertragspartner zurechenbar zu der Annahme veranlaßt hat, er bzw. das von ihm vertretene Unternehmen sei eingetragener Kaufmann. Ein solches Verhalten wäre mit § 242 BGB nicht vereinbar.⁴⁾

1) Larenz, Methodenlehre, S. 378.

2) Schmidt, Handelsrecht, S. 47.

3) BGH Z 47, 217, 222; BGH NJW 1977, 1632.

4) Capelle/Canaris, S. 95, weitergehend Schmidt, Handelsrecht, S. 47.

2. Gerichtsstandsvereinbarungen von Nichtkaufleuten (§ 38 Abs. 1 ZPO)

a) Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Gemäß § 38 Abs. 1 ZPO kann vor dem Entstehen einer Streitigkeit im Hinblick auf eine eventuelle gerichtliche Auseinandersetzung die Zuständigkeit eines an sich nach den §§ 12 ff. ZPO unzuständigen Gerichts nur vereinbart werden, wenn beide Parteien Vollkaufleute (oder juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen) sind. Diese im Rahmen der Gerichtsstandsnovelle von 1974 eingeführte Bestimmung ersetzt den bis dahin gültigen § 38 ZPO a.F., der eine Gerichtsstandsvereinbarung unbeschränkt zuließ. Anlaß der Änderung war die Absicht des Gesetzgebers, geschäftungewandte und wirtschaftlich schwache Privatpersonen und Gewerbetreibende besonders zu schützen¹⁾.

Zugrunde lag die Beobachtung, daß in allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des Verwenders getroffen wurde²⁾ und der oben genannte Personenkreis nicht in der Lage war, die damit verbundenen Nachteile für den Käufer bzw. Besteller zu erkennen und gegebenenfalls auf Abänderung der Vereinbarung zu drängen. Der damit auf Verbraucherschutz ausgerichteten Vorschrift³⁾ ging eine wortreiche Diskussion in der Literatur voraus⁴⁾. Ansätze zu einer Einschränkung der Prorogationsmöglichkeit finden sich bereits in einem Referentenentwurf des Reichsjustizministeriums aus dem Jahre 1931⁵⁾, der ein Schriftformerfordernis für Gerichtsstandsvereinbarungen vorsah.

1) Vgl. BT-Drucksache 7/268, S. 1, 4 f.; 7/1384, S. 1, 3.

2) Diese Praxis fand im wesentlichen in der Rspr. keinen Widerspruch. Ausgehend von der Annahme, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung ein materiellrechtlicher Vertrag ist (BGH Z 49, 384, 386 f. - a.A. z.B. Stein - Jonas - Schumann - Leipold § 38 Anm. 1 3) vertrat die überwiegende Rspr. die Meinung, daß nur über den Weg einer richterlichen Inhaltskontrolle der AGB, also auch der Gerichtsstandsvereinbarung, die Vertragsfreiheit der Parteien durchbrochen werden dürfe (beispielhaft OLG München NJW 1973, S. 1620, 1621; dazu Vollkommer NJW 1973, S. 1591 ff.).

3) Löwe, NJW 1974, S. 473.

4) Vgl. die verschiedenen Beiträge in ZRP 1970 und 1971 sowie die Hinweise bei Diederichsen BB 1977, S. 377 Fn. 2.

5) Vgl. Schiederemair, S. 87 ff.

b) Überlegungen des Gesetzgebers zur Kennzeichnung des
Normadressatenkreises

Ausgehend von dem Schutzzweck der Vorschrift war der Gesetzgeber vor die Frage gestellt, ob und wie der Kreis der schutzbedürftigen Personen sinnvoll abgegrenzt werden könnte. Da ein allgemeines Verbot des Prorogationsvertrages gegen das Übermaßverbot verstoßen hätte¹⁾ und man die Einführung einer Schriftformklausel entsprechend § 1027 Abs. 1 ZPO für unzureichend hielt, kam man zu der Auffassung, eine Abgrenzung im personellen Anwendungsbereich zu suchen. Ausgehend von der richtigen Annahme, daß Vollkaufleute eines besonderen Schutzes nicht bedürfen und in dem Bestreben, aus Gründen der Rechtssicherheit eine schematische Abgrenzung zu finden²⁾, hielt man die dann Gesetz gewordene Regelung des § 38 Abs. 1 ZPO für angebracht. Daß die dort vorgenommene Abgrenzung sich als im Einzelfall nicht sachgerecht herausstellen könnte, war der Kommission bewußt. Man vertrat aber die Auffassung, daß dies im Hinblick auf die erwünschte Rechtssicherheit hinzunehmen sei³⁾.

In der Stellungnahme der Bundesregierung zu einem ersten Entwurf der Gerichtsstandsnovelle⁴⁾ war dagegen noch die Auffassung vertreten worden, ein Nichtkaufmann, der über das nötige Fachwissen verfüge, brauche nicht geschützt zu werden. Ihn einem Prorogationsverbot zu unterwerfen, sei ein überflüssiger Eingriff in die Dispositionsbefugnis der Parteien⁵⁾. Diese Überlegung fand in die Kommissionsberatungen der 7. Legislaturperiode keinen Eingang mehr; bei der abschließenden Beratung durch den Bundestag wurde die Frage der Schutzbedürftigkeit erfahrener Nichtkaufleute nicht aufgeworfen⁶⁾.

1) S. Baumgärtel, Prozeßhandlungen, S. 220 mit Fn. 219.

2) Kommissionsbericht BT-Drucksache 7/1384.

3) Kommissionsbericht, a.a.O.

4) BT-Drucksache 6/1167.

5) Vgl. BT-Drucksache 6/1167.

6) Vgl. das Sitzungsprotokoll des Bundestages vom 12.12.1973, S. 4134 ff.

Die Prorogationsnovelle, die eine konkrete Schutzbedürftigkeit des Betroffenen außer acht läßt, hat im Schrifttum Zustimmung, aber auch Ablehnung gefunden. Die positiven Stimmen erkennen zwar an, daß in bestimmten Fällen ein Schutzbedürfnis fehlen könne, betonen aber den Vorrang einer klaren Abgrenzung und Praktikabilität¹⁾. Andere sehen in § 38 Abs. 1 ZPO einen Verstoß gegen das Übermaßverbot²⁾, eine partielle Entmündigung des rechtskundigen Nichtkaufmanns³⁾ oder eine planwidrige und nach der ratio legis nicht mehr zu rechtfertigende Norm⁴⁾.

c) Der Unternehmer als Normadressat

aa) Kaufmannsbegriff und Registereintragung als sachfremde Abgrenzungskriterien

Es ist zweifellos ein Kuriosum⁵⁾, daß zwar jeder Vollkaufmann prorogieren kann, nicht aber Rechtsanwälte oder Notare, selbst dann nicht, wenn diese assoziiert sind, da sie sich nur der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedienen können, die ihrerseits aber Kaufmannseigenschaft nicht besitzt. Auch hinsichtlich von Angehörigen anderer freier Berufe, bei denen eine geschäftliche Erfahrung in der Regel vorausgesetzt werden kann, bei größeren Betrieben der Land- und Forstwirtschaft oder bei anderen Unternehmen, die die Voraussetzungen des § 2 HGB zwar erfüllen, im Handelsregister jedoch nicht eingetragen sind, kann die Grenzziehung zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Personen nicht überzeugen.

1) Löwe NJW 1974, S. 474; wohl auch Diedrichsen BB 1977, S. 383 mit Fn. 46.

2) Bettermann, ZZP Bd. 91, S. 392.

3) Baumgärtel, FS Weber, S. 25.

4) Schmidt, Handelsrecht, S. 46.

5) Kornblum, ZHR Bd. 138 (1974), S. 489; vgl. auch Raisch, FS. Ballerstedt, S. 450.

Die Anknüpfung an die Registereintragung bildet im Hinblick auf den Gesetzeszweck ein sachfremdes Kriterium. Die Vollkaufmannseigenschaft, die sich letztlich hinter der Registerfähigkeit verbirgt, stellt ein denkbar ungeeignetes Merkmal zur Bestimmung des schutzbedürftigen Personenkreises dar. Als formales Kriterium hilft es zwar dem Rechtsanwendenden bei der zur Lösung eines konkreten Rechtsproblems erforderlichen Differenzierung; durch die Anknüpfung an eine Eintragung im Register wird aber ein Personenkreis dem Prorogationsverbot unterworfen, der des damit verbundenen Schutzes nicht bedarf.

Der Vollkaufmann, der ein Unternehmen von einer gewissen Größe betreibt, der eine große Zahl von Geschäften tätigt, und der deshalb üblicherweise über die Erfahrung verfügt, um die mit einer Gerichtsstandsvereinbarung verbundenen Gefahren zu überschauen, gehört zweifelsohne zu dem Personenkreis, der des Schutzes nicht bedarf. Es ist jedoch nicht die Registereintragung, die uns veranlaßt, ihn aus dem Normadressatenkreis herauszunehmen, sondern vielmehr das Bestreiten einer geschäftlichen Unerfahrenheit bei Vorliegen bestimmter Unternehmensmerkmale.

Erkennt man aber an, daß das Gebilde "Unternehmen", d. h. die organisierte Wirtschaftseinheit, unter deren Zuhilfenahme eine anbietende Tätigkeit am Markt entfaltet wird, dazu dienen soll, den Kreis der geschäftlich Unerfahrenen von dem der über die nötige Erfahrung Verfügenden abzugrenzen, so liegt es auf der Hand, daß nicht der Kaufmann im Sinne des HGB, sondern vielmehr der Begriff des Unternehmers die Gruppe der nicht schutzwürdigen Rechtssubjekte allein zu kennzeichnen in der Lage ist.

Die vom Gesetz vorgenommene Abgrenzung ist demnach sachwidrig. Sie läßt sich auch nicht mit dem Wunsch nach Praktikabilität und klarer Abgrenzung rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat vorschnell die Möglichkeit verneint, daß eine Regelung ähnlich § 1027 Abs. 1 ZPO ebenso zu dem gewünschten Schutz geführt hätte. Die Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen, die durch die Novelle getroffen werden sollten, hätten sicherlich in erheblichem Maße Abstand von einer Gerichtsstandsvereinbarung genommen, wenn diese nur durch einen zusätzlichen form-

bedürftigen und mit klaren Hinweisen auf die Prorogation versehenen Vertrag herbeigeführt werden könnte. Aber selbst wenn man eine solche Lösung für unzureichend hält und die Gefahr, daß der unerfahrene Konsument alles unterschreibt, was ihm vorgelegt wird, für zu hoch ansieht, wäre es meines Erachtens angesichts der offen zutage liegenden Problematik erforderlich gewesen, Ausnahmen im Hinblick auf geschäftserfahrene Nichtkaufleute zu treffen. Dies wäre zum Beispiel dergestalt möglich gewesen, daß eine Prorogationsvereinbarung mit einem Nichtkaufmann wirksam ist, wenn der durch die Prorogation Begünstigte nachweist, daß der Betroffene nicht schutzbedürftig ist. Damit hätte man dem bei jeder Gesetzgebung zu beachtenden Übermaßverbot Genüge getan.

bb) Die formale Abgrenzung als Hindernis einer Einbeziehung des Unternehmers

Kann somit die jetzige Regelung des § 38 Abs. 1 ZPO nicht befriedigen, so stellt sich die Frage, ob ohne Gesetzesänderung eine Korrektur im Einklang mit dem Schutzzweck der Norm möglich ist, um insbesondere alle kaufmannsähnlichen Unternehmer aus dem Kreis der zu Schützenden herausnehmen zu können. Die Literatur, soweit sie überhaupt eine Korrektur für wünschenswert hält, steht entsprechenden Versuchen ablehnend gegenüber. Canaris¹⁾ meint, daß das Abstellen auf die individuelle Schutzbedürftigkeit zu einer gefährlichen Rechtsunsicherheit führen könne, die zu vermeiden sei. Kornblum²⁾ sieht aufgrund von Entstehungsgeschichte und rigidem Wortlaut der Vorschrift keine Möglichkeit einer berichtigen Interpretation. Schmidt³⁾ betont die Stellung der Norm als verfahrensrechtliche Vorschrift, hinsichtlich derer der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Priorität habe; der rechtsanwendenden Praxis seien die Hände gebunden.

1) Capelle/Canaris, S. 97.

2) Kornblum, ZHR Bd. 138 (1974), S. 490.

3) Handelsrecht, S. 46.

Geht man von einer positiven Abfassung der Bestimmung aus¹⁾, so kann mit einer teleologischen Reduktion nicht geholfen werden²⁾. Eine extensive Auslegung würde ebenfalls nicht zum Ziele führen. Eine solche über den Wortlaut hinausführende Interpretation setzt, wie bereits dargelegt, dann ein, wenn der Wortlaut des Gesetzes hinter seiner rechtspolitischen Zwecksetzung zurückbleibt³⁾, also der Nachweis geführt werden kann, daß das Gesetz auch diese Fälle regeln wollte⁴⁾. Dies wird man angesichts der eindeutigen Entstehungsgeschichte der Norm nicht annehmen können.

Schließlich kommt auch ein Analogieschluß nicht in Betracht⁵⁾. Der Nachweis, daß das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe - hier zum Beispiel die kaufmannsähnlichen Unternehmer - eine Regel nicht enthalte, obwohl nach der Teleologie des Gesetzes eine solche Regelung vorhanden sein sollte⁶⁾, läßt sich nicht führen. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber ging ersichtlich davon aus, daß im Umkehrschluß zu § 38 Abs. 1 ZPO mit jedem Nichtkaufmann eine Prorogationsvereinbarung im voraus nicht getroffen werden kann.

Seit Verabschiedung der Gerichtsstandsnovelle haben sich zudem keine neuen Erkenntnisse im Hinblick auf eine teilweise Gleichsetzung von Kaufleuten und bestimmten Nichtkaufleuten ergeben, die der Gesetzgeber damals nicht hätte berücksichtigen können⁷⁾. Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches läßt sich deshalb nur im Wege einer Gesetzesänderung herbeiführen⁸⁾.

1) Entgegen Diederichsen, BB 1974, S. 383.

2) Kornblum, ZHR Bd. 138 (1974), S. 490.

3) Bartholomeyczik, S. 75.

4) Ebd., S. 76.

5) Kornblum, a.a.O.

6) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 362.

7) Vgl. Bartholomeyczik, S. 82.

8) Gleiches wird i. ü. auch bei § 24 AGBG gelten müssen. Nach dieser Vorschrift finden wesentliche Normen des AGBG auf Kaufleute keine Anwendung. Dem Gesetzgeber war, wie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, klar, daß die dort vorgenommene schematische Abgrenzung sich in bestimmten Fällen - nämlich dort, wo ein Nichtkaufmann
(Fortsetzung s. S. 221)

Soweit im Einzelfall die strikte Anwendung des § 38 Abs. 1 ZPO zu Ergebnissen führen würde, die nach billigem Rechtsempfinden als nicht akzeptabel erscheinen, kann dem wohl nur unter Zuhilfenahme von Treu und Glauben begegnet werden. Verhält sich der nichtkaufmännische Vertragspartner widersprüchlich und hat der andere aufgrund des ursprünglichen Verhaltens irreversible Dispositionen getroffen, so wird man eine Berufung auf die Schutznorm versagen müssen¹⁾.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die untersuchten Bestimmungen außerhalb des HGB nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles auf Rechtsgeschäfte zwischen Nichtkaufleuten Anwendung finden können, wenngleich sie ihrem Sinn und Zweck nach wie die untersuchten Normen des HGB auch auf kaufmannsähnliche Personen, die erfahrungsgemäß über die gleiche Erfahrung, das gleiche Wissen wie der vom Gesetzgeber ins Auge gefaßte durchschnittliche Kaufmann verfügen, zugeschnitten sind.

Aus diesem Ergebnis resultiert zugleich die Feststellung, daß sich eine allgemein gehaltene Aussage über die Analogiefähigkeit von Vorschriften mit handelsrechtlichem Einschlag außerhalb des HGB nicht treffen läßt. Die Möglichkeit einer Einbeziehung von Nichtkaufleuten in den Normadressatenkreis ist für jede Vorschrift gesondert zu prüfen.

Fortsetzung der FN 2) von S. 220:

ebensowenig schutzwürdig ist wie ein Kaufmann - als sachlich nicht gerechtfertigt erweisen kann. Im Hinblick auf Rechtssicherheit und Praktikabilität wurde dies aber bewußt in Kauf genommen (vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucksache 7/3919, S. 43).

An § 24 AGBG läßt sich im übrigen auch zeigen, wie wenig Gesetzgebung und Rechtssprechung die Fortentwicklung des Kaufmannsbegriffes bedacht haben. Nach Auffassung der Rechtssprechung ist es möglich, AGB im Wege eines Bestätigungsschreibens in den Vertrag miteinzubeziehen (zuletzt BGH DB 1969, S. 2172). Eine solche Einbeziehung kann nach den Grundsätzen über das Bestätigungsschreiben auch gegenüber einem Nichtkaufmann erfolgen, der ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsverkehr teilnimmt. Hier behandelt man das Unternehmen also wie einen Kaufmann. Geht es aber um den Inhalt der AGB, gelten als Beurteilungsmaßstab die gesamten Normen des AGBG; § 24 AGBG findet keine Anwendung.

1) Capelle/Canaris, S. 97; im Ergebnis ähnlich Schmidt, Handelsrecht, S. 47 f.

E. SCHLUSSBETRACHTUNG

Die Überlegungen in den verschiedenen vorangehenden Abschnitten haben gezeigt, daß die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage, ob handelsrechtliche Vorschriften auf Geschäfte zwischen Nichtkaufleuten angewandt werden können, ohne die Grenzen der Rechtsfindung intra legem zu überschreiten, nicht uneingeschränkt bejaht werden kann.

Der Zentralbegriff handelsrechtlicher Vorschriften, der Kaufmann, läßt sich selbst nicht durch einen anderen Terminus ersetzen, wenngleich im Mittelpunkt der Regelungen des Handelsgesetzbuches nicht der Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB, sondern vielmehr der Unternehmer steht. Zulässig und im Hinblick auf Sinn und Zweck handelsrechtlicher Vorschriften erforderlich ist es, die Bestimmungen des HGB, soweit sie überhaupt handelsrechtlichen Charakter aufweisen, auf alle Rechtsvorgänge analog anzuwenden, an denen ein Unternehmer beteiligt ist.

Lediglich dort, wo eine Norm an Umstände anknüpft, die nicht durch handelsspezifische, sondern beispielsweise öffentlich-rechtliche Merkmale gekennzeichnet werden, verbietet sich in der Regel eine entsprechende Anwendung auf nichthandelsrechtliche Sachverhalte.

Es bestätigt sich die zu Beginn dieser Arbeit aufgestellte Hypothese, daß der Kaufmannsbegriff des HGB den Normadressatenkreis handelsrechtlicher Vorschriften nicht abschließend kennzeichnen kann. Die Untersuchung einzelner Vorschriften hat gezeigt, daß regelmäßig der Unternehmer, wie er im zweiten Abschnitt der Arbeit näher dargestellt wurde, im Zentrum der Normen des HGB steht. Es konnte im Rahmen der Einzeluntersuchungen nachgewiesen werden, daß die herausgearbeiteten Merkmale des Rechtsbegriffes "Unternehmer" in den verschiedenen Bestimmungen ihren Niederschlag gefunden haben und diese die Definition des Unternehmers stützen.

Handelsrechtliche Vorschriften sind, jedenfalls soweit sie an Umständen, die durch handelsspezifische Merkmale gekennzeichnet werden, anknüpfen, auf Geschäfte zwischen Unternehmern anwendbar.

LEBENS LAUF

Name, Vorname : Theim, Michael

Geburtstag, -ort : 17. Mai 1955, Wetzlar

Eltern : Josef Theim, Hauptlehrer, und
Annemarie, geb. Dreher, Hausfrau

Schulbildung : April 1962 - April 1966
Grundschule in Bonbaden,
April 1966 - Mai 1974 Gymnasium,
Abitur im mathematisch-naturwissen-
schaftlichen Zweig des Goethe-Gymnasiums
in Wetzlar

Grundwehrdienst : Juli 1974 - September 1975

Studium : WS 1975/76 - SS 1979 Studium der
Rechtswissenschaften an der Johannes
Gutenberg-Universität in Mainz

Erste jur. Staatsprüfung : 25. Februar 1980 in Mainz

Jur. Vorbereitungsdienst : Ab April 1980 im Bezirk des OLG Koblenz

Zweite jur. Staatsprüfung : 23. September 1982 in Mainz

Ausgeübte Tätigkeit : Selbständiger Rechtsanwalt in Wiesbaden

Druck: I.B.Heim GmbH, Flachsmarktstraße 28-30, 6500 Mainz

